

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS
INFRACIONAIS**

RAFAEL PETRY

**FLORIANÓPOLIS
2015**

RAFAEL PETRY

**A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS
INFRACIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Josiane Rose Petry Veronese

FLORIANÓPOLIS

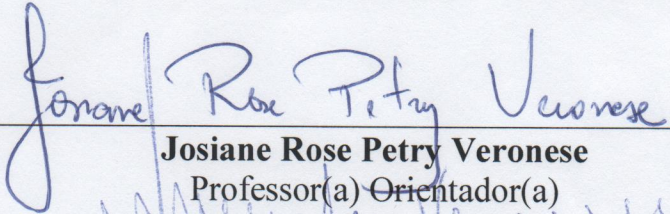
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

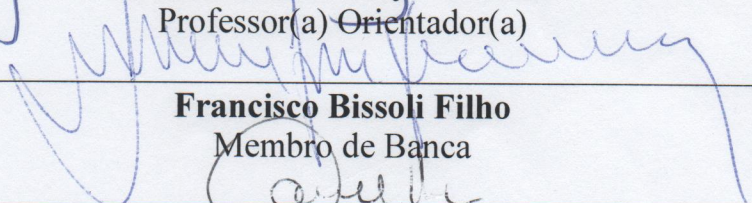
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Rafael Petry**, defendido em **23/06/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

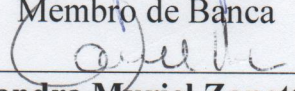
Florianópolis, 23 de Junho de 2015



Josiane Rose Petry Veronese
Professor(a) Orientador(a)



Francisco Bissoli Filho
Membro de Banca



Sandra Muriel Zanette
Membro de Banca

**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): **Rafael Petry**

RG:

CPF:

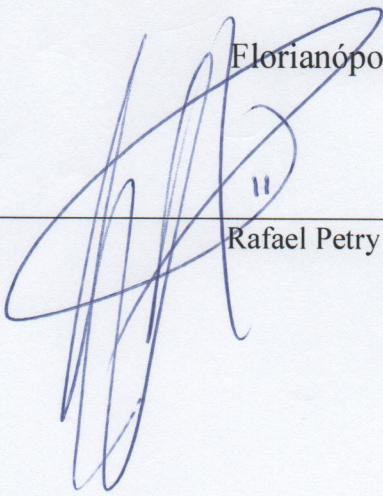
Matrícula: **11100260**

Título do TCC: **A inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais**

Orientador(a): **Josiane Rose Petry Veronese**

Eu, **Rafael Petry**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 23 de Junho de 2015



Rafael Petry

*Aos meus pais e minha irmã, pelo
amor, paciência, incentivo e
compreensão.*

*É preciso muito bem esquecer para
experimental a alegria de novamente
lembrar-se. Tantos pedaços de nós
dormem num canto da memória, que a
memória chega a esquecer-se deles. E a
palavra – basta uma só palavra – é
flecha para sangrar o abstrato morto.
Há, contudo, dores que a palavra não
esgota ao dizê-las.
(Bartolomeu Campos de Queirós/
Vermelho Amargo)*

RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe a analisar a possibilidade de incidência do princípio da insignificância aos atos infracionais. Objetivando responder tal questão, num primeiro momento se efetuou o estudo dos princípios como elementos integrantes do ordenamento jurídico, a origem do instrumento bagatelar, o meio pelo qual penetra na norma penal, sua recepção pelos Tribunais pátrios e os vetores que vem orientando a sua aplicação. Superada tal etapa, discorreu-se sobre a Doutrina da Proteção Integral, recepcionada pela Carta Constitucional de 1988 e pela Lei 8.069/1990, a elevação da população infantoadolescente ao posto de sujeitos de direitos, os instrumentos aptos à sua defesa normativa e as garantias processuais asseguradas ao adolescente autor de ato infracional. No derradeiro capítulo efetuou-se uma análise do acervo jurisprudencial das Cortes de Justiça e do modo como a questão vem sendo enfrentada pelos seus magistrados para, posteriormente, demonstrar que, por se tratar de um instrumento especialmente moldado à seara criminal, o princípio da insignificância não se coaduna com a natureza das medidas socioeducativas e os fins almejados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, a intervenção pedagógica no processo de desenvolvimento físico, psicológico e moral do autor de ato infracional com a sua consequente reintegração social.

Palavras-chave: Ato infracional – Direito da Criança e do Adolescente - Autonomia – Medidas Socioeducativa – Natureza pedagógica – Princípio da Insignificância – Inversão do eixo ótico da ação socioeducativa – Inaplicabilidade.

ABSTRACT

The aim of this literature review is to analyze the possibility of incidence of the insignificance principle to infractional acts. For that, it was first performed the study of the principles as elements integrating the law, the origin of the insignificance instrument, the way through what it penetrates in the criminal standard, its perception by the patriotic Courts as well as the vectors that have been orientating its application. After that, it was discoursed regarding the Doctrine of Full Protection, welcomed by the Brazilian Federal Constitution of 1988 and by the Law 8.069/1990, the raising of the infant-adolescent population to the grade of subjects of rights, the instruments apt to its normative defense and the procedural safeguards granted to the adolescent author of an infractional act. In the last chapter, it was carried out an analysis of the jurisprudential collection of the Courts of Justice and the way by what this issue has been faced by its members in order that, afterwards, it is demonstrated that, as this is an instrument specially molded to the criminal area, the principle of insignificance does not harmonize with the nature of the socioeducational measures and the aimed ends of the Child and Adolescent Statute, which is the pedagogical intervention in the physical, psychological and moral development process of the infractional act author and its consequent social reintegration.

Key words: Infractional act – Child and Adolescent Right – Autonomy – Socioeducative Measures – Pedagogical nature – Insignificance Principle – Inversion of the optical axis of the socioeducational action – Inapplicability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	13
1.1 Sobre os princípios	13
1.1.1 A ascensão dos Princípios	13
1.1.2 Regras e princípios	16
1.2 Sobre a Insignificância	18
1.2.1 Origem do Princípio da Insignificância.....	18
1.2.2 Definição	19
1.2.3 O meio de penetração na norma: o tipo	21
1.2.4 Evolução histórica do tipo	22
1.2.5 Princípio da insignificância e sua relação com outros princípios.....	24
1.2.5.1 Princípio da Legalidade	24
1.2.5.2 Princípio da Lesividade	27
1.2.5.3 Princípio da Intervenção Mínima	28
1.2.5.4 Princípio da Fragmentariedade	29
1.2.5.5 Princípio da Proporcionalidade	29
1.2.5.6 Princípio da Adequação Social.....	30
1.3 Princípio da insignificância no direito brasileiro.....	31
1.3.1 Insignificância e o legislativo	31
1.3.2 Insignificância e a jurisprudência	33
1.3.3 Princípio da insignificância, maus antecedentes e reincidência	34
1.3.4 Princípio da insignificância e crimes contra a administração pública.....	38
1.3.5 Princípio da insignificância e o porte de drogas para o consumo próprio.....	40
1.3.6 Princípio da insignificância, descaminho e contrabando.....	42
1.3.7 Considerações finais sobre a insignificância e a jurisprudência brasileira.....	43
2 O ADOLESCENTE E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	45
2.1 A Doutrina da Proteção Integral e a tutela normativa da criança e do adolescente.....	45
2.2 Princípios consagrados pela Doutrina da Proteção Integral	63

2.2.1 Princípio da prioridade absoluta	63
2.2.2 Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente	66
2.2.3 Princípios da Municipalização, da Descentralização e da Participação Popular	68
2.2.4 Princípio da não discriminação, da universalização, da humanização e da politização	70
2.3 Garantias processuais asseguradas ao adolescente autor de ato infracional	71
3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ATO INFRACIONAL	87
3.1 Ato infracional e princípio da insignificância à luz da jurisprudência	88
3.2 A inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais	106
3.2.1 A autonomia do Direito da Criança e do Adolescente	107
3.2.2 Estatuto e sua aptidão para tratar dos casos “insignificantes”	113
3.2.3 A natureza das Medidas Socioeducativas	122
3.2.4 Insignificância como uma inversão do eixo ótico da ação socioeducativa	131
3.3 Considerações sobre as medidas socioeducativas	143
CONCLUSÃO	146
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	150

INTRODUÇÃO

Passados 25 anos de seu nascimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda experimenta certa incompreensão acerca dos seus valores constituintes. Não raras vezes surgem novas polêmicas acerca da sua aplicação e dos seus efeitos concretos, questão essa que pode ser ilustrada com a atual discussão acerca da redução da idade penal e a eficácia das medidas socioeducativas.

Em numerosas vezes esses debates direcionam-se aos efeitos negativos decorrentes de eventual conduta infracional por parte da população infantoadolescente. Essas peroras costumam ser alimentadas pelos frutos de uma mídia tendenciosa e carente de substrato teórico, a qual dissemina entre os telespectadores a crença de que os “menores” são os responsáveis por todos os tormentos de segurança pública atualmente vivenciados.

Embora o “Direito do Menor” já tenha sido sepultado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, seu espírito ainda vive no imaginário de diversos juristas, ante a negativa de vigência plena e material ao novo Direito da Criança e do Adolescente e à Doutrina da Proteção Integral. Neste tocante, não raras vezes o adolescente tem sua condição de sujeito de direitos específicos e especiais esquecida, sendo tratado como um criminoso em menor proporção etária e física. Vergonhosamente, o Direito da Criança e do Adolescente ainda batalha para ver reconhecido seu status de ramo autônomo, desvinculado do Direito Penal, regido por regras e princípios próprios.

Dentro deste cenário de incompreensão e polêmicas encontra-se também o tema que este trabalho monográfico se propõe a abordar, qual seja, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais.

Não se pode afirmar que essa seja uma discussão já superada. É bem verdade que a maior parte dos membros das Cortes de Justiça pátrias filia-se à tese da aplicabilidade de referido princípio aos atos infracionais. Contudo, em boa parte dos Tribunais estaduais ainda pululam julgados que manifestam o entendimento de que o instrumento de exclusão da tipicidade material não se coaduna aos fins basilares do Estatuto e à natureza das medidas socioeducativas.

Claramente existe uma divergência entre os juristas acerca da natureza das medidas socioeducativas e do próprio procedimento estatutário. Uma primeira corrente, a do Direito Penal Juvenil, atribui às medidas socioeducativas um caráter pedagógico e um caráter notadamente retributivo, à semelhança do Direito Penal. Numa segunda linha, têm-se aqueles

que veem nas medidas e no próprio procedimento estatutário um caráter puramente pedagógico.

Afiliando-se à segunda corrente, procurou-se abordar a questão e apresentar elementos aptos a construir o entendimento de que o princípio da insignificância não pode incidir nas situações regradas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Com fins à demonstração dessa incompatibilidade entre ambos, a presente monografia foi dividida em três capítulos.

No primeiro, abordou-se o princípio da insignificância enquanto instrumento penal, investigando sua origem, sua forma de incidência na norma penal, sua relação com outros princípios penais e o modo como vem sendo utilizado pelos Tribunais brasileiros.

No segundo capítulo há de se efetuar uma análise do diploma estatutário à luz da Doutrina da Proteção Integral, estudando as forças motrizes de seu nascimento, as mudanças que trouxe em relação ao sepultado Código de Menores, os direitos fundamentais da população infantoadolescente e os instrumentos disponibilizados pelo legislador para assegurar sua efetivação.

Deu-se início ao derradeiro capítulo realizando breve análise da jurisprudência pátria para, em seguida, confrontar o instrumento bagatela e os regramentos estatutários, analisando a temática sob a lente da Doutrina da Proteção Integral e refutando aqueles valores próprios do temerário Direito Penal Juvenil, onde se procurou demonstrar que o princípio da insignificância não é recepcionado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, onde o adolescente é elevado ao posto de sujeito de direitos e já se tem disposições próprias e aptas a tratar dos casos ditos “insignificantes”.

Ao fim deste capítulo os esforços concentraram-se no sentido de elucidação dos efeitos negativos que podem resultar da aplicação de tal instrumento à seara estatutária, uma vez que quando de sua aplicação nesta área, o Estado não está renunciando ao seu Direito de punir, mas sim se omitindo de seu dever de educar e interferir de forma positiva no desenvolvimento físico, moral e psicológico do adolescente autor de ato infracional.

1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

1.1. Sobre os Princípios

A palavra “princípio” deriva do latim *principium*, remetendo-nos à ideia de início, origem, ponto de partida. Juridicamente é tido como uma proposição básica, fundamental, que condiciona todas as estruturas subsequentes e por isso chamado de “princípio”, pois está na origem, sendo a premissa de todo um sistema.

Celso Antônio Bandeira de Mello define os princípios como:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo¹.

Os princípios são normas de um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema². Canotilho anota, ainda, que eles são multifuncionais, podendo desempenhar uma função argumentativa, permitindo revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, especialmente aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito³.

Para uma melhor compreensão do conceito de princípio que conhecemos atualmente, é necessário regressar ao jusnaturalismo e investigar a sua evolução histórica até a contemporaneidade, onde teve reconhecida sua normatividade.

1.1.1. A Ascensão dos Princípios

A ideia de um direito natural nasceu entre os gregos e atravessou toda a idade média e encontrou campo fértil ao seu desenvolvimento no século XVI, onde começou a se formar o jusnaturalismo moderno. Esta doutrina sustenta a existência de uma ordem de valores que presidem a prática humana e não decorrem do Direito Positivo. Ainda, seria mais elevada que

¹ Mello, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 8ª ed.- São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 545.

² Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed.- Coimbra: Almedina, 1995, p. 166.

³ *Ibidem*, p. 167.

as normas estatais, uma vez que emanam da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus⁴.

Embora afirmasse que os atos de alguém deveriam se guiar por princípios obrigatórios a todos os homens, nenhuma das teorias do Direito Natural conseguiu definir o conteúdo deste mandamento e sistematizar esses princípios invariáveis de justiça. O que se observava era a existência de algumas fórmulas gerais carentes de objetividade, tais como “se deve fazer o bem e evitar o mal”⁵.

Ao fim do século XVIII as estruturas da ordem política dominante foram abaladas pelo surgimento de um movimento democrático justificado por um discurso naturalista: a Revolução Francesa. Contudo, este evento que foi o apogeu do jusnaturalismo marca também o início de sua superação histórica.

No momento em que a Revolução Francesa chegou à vitória, o discurso jusnaturalista passa a adquirir um tom mais conservador. Agora era preciso manter a segurança e revogar o velho direito. O sucesso da revolução agora requeria a conversão do direito natural em direito positivo.

Com a ascensão do liberalismo, passou-se a buscar também o estabelecimento de bases mais sólidas e a consolidação de um núcleo fundamental de princípios jurídicos. A busca por essa objetividade acabou por afastar o direito da moral e daqueles valores de caráter generalíssimo. O direito agora era sinônimo de norma, marcando a consagração daquele movimento legalista que surgia sob as luzes do iluminismo e o triunfo do positivismo.

O positivismo jurídico pretendia transformar o estudo do direito em uma ciência dotada daquela mesma objetividade própria das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Para isso, dever-se-ia adotar uma postura mais científica ante o direito, estudando-o como fato e não como valor. O âmbito jurídico não comportaria discussões acerca de questões como legitimidade ou justiça⁶, devendo-se excluir toda qualificação que fosse fundada em um juízo de valor e que permitisse a distinção do próprio direito em bom e mau, justo ou injusto⁷. O positivismo almejava uma abordagem do Direito como um “ser” e não como um “dever ser”.

⁴ Kelsen, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução: Luis Carlos Borges – 4ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 12.

⁵ Hespanha, Antônio Manuel. Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 289.

⁶ Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 31.

⁷ Bobbio, Norberto. O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 136.

Nas primeiras décadas do século XX observou-se a ascensão de algumas ideologias totalitárias que tinham no positivismo um de seus baluartes, com especial destaque ao Nazismo, cujas perseguições perpetradas contra os judeus eram fundamentadas nas Leis de Nuremberg⁸. Até mesmo Kelsen, que, com sua célebre “Teoria Pura do Direito”, foi o expositor máximo daquele formalismo jurídico, acabou por ser perseguido pelos nazistas, uma vez que era judeu.

Ironicamente, as Leis anti-semistas eram legítimas do ponto de vista kelseniano, uma vez que, para tal autor, o fundamento do direito não estava em outros sistemas normativos, como a religião ou a moral, mas sim no comando de uma norma superior emanada de uma autoridade competente. Era a situação observável na Alemanha, em que uma estrutura estatal validava as Leis de cidadania do *reich*, tendo Hitler sempre agido dentro da mais estrita legalidade.

Sobre os regimes totalitários, assim se manifestou o célebre jurista:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-los como fora da ordem jurídica desses Estados⁹.

Essa foi a principal tese defensiva suscitada pelos acusados no Tribunal de Nuremberg. Os advogados dos réus alegaram que aquela corte de justiça violava o princípio da legalidade, uma vez que as condutas praticadas pelos acusados eram permitidas pela legislação reinante no estado Alemão.

Assim, com o positivismo sendo constantemente definido como o germe de todas aquelas barbáries ocorridas no início do século passado, passou a grassar uma rejeição à ideia de um ordenamento jurídico como um sistema desprovido de qualquer valor ético, e cujas normas encontrariam fundamento jurídico somente em outra norma superior.

Com a decadência filosófica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, emergem reflexões acerca do direito e de sua função social. Todavia, como bem aponta Barroso, o direito já estava fortemente marcado por aquele discurso científico, de modo que seus operadores não mais desejavam o regresso àquele quadro subjetivista próprio do

⁸ As Leis de Nuremberg, em verdade, é um conjunto de leis decretadas pelo *reich*, em 1935, que tiravam a cidadania alemã dos judeus, rebaixando-os a uma subcondição humana, desprovida daqueles direitos civis mais essenciais. Para efeitos legais, eram considerados judeus todos aqueles que fossem descendentes de, pelo menos, três avós judeus. Deste modo, mesmo alemães que nunca praticaram ou seguiram o judaísmo tornaram-se alvo das atrocidades nazistas.

⁹ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: João Baptista Machado. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 44.

jusnaturalismo. Destarte, o almejado pelo pós-positivismo não era a erradicação daquele modelo positivista, mas a superação deste conhecimento convencional. “Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”¹⁰.

Visando restabelecer uma relação entre direito e ética, promoveu-se uma reanálise dos princípios, com a sua valorização, inserção nos textos constitucionais e, principalmente, sendo reconhecida a sua eficácia normativa.

Ao fim deste processo evolutivo, a grande novidade não foi o reconhecimento dos princípios como elemento integrante do ordenamento jurídico, pois isto já ocorria anteriormente, mas sim a sua ascensão ao *status* de norma jurídica.

1.1.2. Regras e Princípios

A doutrina pós-positivista passa a estabelecer a divisão da norma em regras e princípios, sendo que cada uma destas espécies normativas atua distintamente dentro do ordenamento jurídico.

Durante algum tempo utilizou-se o critério da generalidade ou da abstração para diferenciar estas espécies normativas. Os princípios seriam aquelas normas com maior grau de abstração, aplicáveis a uma pluralidade de situações. Ademais, para que possível a sua concretização seria necessária a mediação de um intérprete. Já as regras, teriam um teor mais objetivo, destinadas a um número delimitado de situações e, ainda, teria aplicação imediata.

Com a especial contribuição dos trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, passou-se a estabelecer a diferenciação das regras e dos princípios não mais meramente pelo seu grau de abstração, mas sim pelo critério qualitativo.

O primeiro autor afirmava que regras e princípios se assemelhavam, pois ambas prescreviam obrigações jurídicas. Todavia, a distinção entre elas residiria na diretiva apontada, e não no seu grau de abstração.

Estas espécies normativas apresentariam diferenças qualitativas quanto ao seu modo de aplicação. As regras seriam aplicadas sob a forma do tudo ou nada (*all or nothing*), de modo que, em caso de ocorrência de um daqueles fatos insculpidos em uma regra, ou esta regra é válida e seus efeitos incidem de forma direta e automática, ou é inválida e dela não emanará qualquer consequência jurídica.

¹⁰ Barroso, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, 2001, p. 32.

Já os princípios, ainda segundo Dworkin, além de apresentar uma maior carga valorativa, teriam uma dimensão alheia às regras: a dimensão do peso (ou da importância). Destarte, quando da ocorrência do conflito entre princípios, não se aplica a regra do *tudo ou nada*, ocorrendo uma ponderação e o sopesamento dos princípios em conflito, não se tornando um exceção ao outro¹¹. “Os princípios, como delineados por Dworkin, captam os valores morais da comunidade e os tornam elementos próprios de um discurso jurídico¹²”.

Alexy, a seu turno, também afirma que as regras e os princípios são categorias normativas e que se diferenciam não só em grau, mas também em qualidade. O autor alemão começa a se distanciar de Ronald Dworkin quando afirma que os princípios, como mandamentos de otimização, são normas que devem ser realizadas no maior grau possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes.

Por outro lado, Alexy asseverava que as regras são mandados de definição, não se admitindo o seu cumprimento em maior ou menor escala. Assim, em determinada situação fática, ou a regra em comento é válida e aplicável, ou então é inválida e inaplicável ao caso. Destarte, em caso de colisão de regras, em que uma apresenta conteúdo contraditório com o prescrito em outra, uma delas deve ser tomada por exceção da outra.

Já quando do conflito de princípios, há de ocorrer um exercício de ponderação, avaliando o peso que cada princípio apresenta em relação ao caso concreto. Todavia, a prevalência de um princípio em face de outro, dentro de uma situação específica, não resulta em uma invalidade definitiva deste princípio cuja otimização foi restringida. Em casos diversos em que os mesmos princípios venham a colidir, pode haver uma preponderância daquele que anteriormente fora preterido¹³.

Após a pacificação das discussões acerca da normatividade dos princípios, estes passaram a integrar indissociavelmente as Constituições. Atualmente, as cartas magnas são compostas pelas duas espécies normativas. Um ordenamento construído unicamente sob a égide de regras prestigiaria o valor da segurança jurídica, entretanto, acabaria engessando o

¹¹ Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 37: É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema *tudo ou nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar.

¹² Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Op. cit.*, p. 83.

¹³ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª Ed – São Paulo: Malheiros, 2005, p. 282.

sistema jurídico. Por outro lado, um sistema composto unicamente por princípios se mostraria deveras ameaçador à ordem social¹⁴.

Conforme a lição de Canotilho, um sistema processual composto por regras e princípios fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos, mas também permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. Os princípios atuam no sistema com uma função normogética e uma função sistêmica, sendo o fundamento das regras jurídicas e tendo uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema¹⁵.

1.2. Sobre a Insignificância

1.2.1. Origem do Princípio da Insignificância

A origem do princípio da insignificância está longe de ser tema pacífico na doutrina. Para alguns autores suas origens repousam no direito romano, onde o brocardo latino *minima non curat praetor* motivava a negativa do pretor em cuidar de causas ou delitos de bagatela. Compartilham deste entendimento Carlos Vico Mañas¹⁶ e Diomar Ackel Filho¹⁷.

Por outro lado, Dalbora afirma que o princípio da insignificância é de origem obscura, mas certamente não tem suas raízes no direito romano, sob o argumento de que não se encontra no *Corpus Iuris Civilis* ou em outras fontes romanas qualquer referência à expressão *minima non curat praetor* ou variante similar. Assim, referido autor afasta origem do período romano e a coloca mais próxima do pensamento liberal iluminista do Renascimento¹⁸.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes é mais uma voz dissonante a localizar a origem do princípio da insignificância em momento histórico diverso. Segundo sua ensinança, o direito romano foi desenvolvido sob a ótica do direito privado e não do direito público, consistindo o brocardo não em um princípio, mas em um aforismo que servia como referência, não se tratando, então, de uma via de reconhecimento do princípio¹⁹. A expressão latina consistia

¹⁴ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Op. cit.*, p. 85.

¹⁵ Canotilho, J. J. Gomes. *Op. cit.* P. 170.

¹⁶ Mañas, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56.

¹⁷ Ackel Filho, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Lex, n. 94. P 72-77, abr./jun./ 1988. p 73

¹⁸ Dalbora, José Luis Guzmán. La insignificância: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 1996, n. 14. P. 41-81, p. 58.

¹⁹ Lopes, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95: julgados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual- 2. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: editora Revista dos tribunais: 2000, p. 58.

num referencial genérico à atividade do pretor, não se referindo especificamente ao direito penal ou à sua natureza fragmentária.

Aqueles que negam a origem romanista de referido princípio acabam por concebê-lo como fruto do pensamento liberal dos jusfilósofos do Iluminismo, e tendo sua evolução fortemente relacionada ao princípio da legalidade.

Por fim, ressalta-se que algumas vozes minoritárias costumam apontar o crescimento deste princípio na Europa onde, após a primeira e segunda guerra mundial, era observável uma profunda crise econômico-social e o desencadeamento de um surto de pequenos furtos, devidos ao alto índice de desemprego e fome remanescentes da devastação ocorrida naquele continente.

Independente da corrente a qual se filie, é certo que o princípio da insignificância passou e ser suscitado, mesmo que não expressamente, por diversos autores, pelo menos, a partir do século XVIII, como Cesare Beccaria.

Pacifico também é o entendimento de que Claus Roxin foi o grande responsável pela introdução do princípio no direito penal como regra auxiliar na interpretação, isso em 1964²⁰. Roxin resgatou o brocardo que era utilizado pelos romanos e o adequou ao Direito Penal, propondo uma interpretação restritiva que teria como consequência imediata a exclusão da tipicidade material. Com suporte na natureza fragmentária do Direito Penal, renomado jurista prosseguiu afirmando que a intervenção punitiva do Estado deveria se ocupar tão somente daquelas ofensas mais graves aos bens jurídicos, afastando aquelas lesões bagatelares da maioria dos tipos²¹.

1.2.2. Definição

É considerado crime insignificante aquela conduta que, embora formalmente típica, não atinge de forma relevante o bem juridicamente tutelado, tornando totalmente desnecessária e desproporcional qualquer intervenção penal.

Como pode se observar do esboço histórico traçado acima, é um instrumento de construção doutrinária, não estando previsto em lei. Todavia, a ausência de previsão legal não

²⁰ Cumpre observar que, em 1903, já se encontrava vestígios do princípio da insignificância na obra de Franz Von Liszt, que era enfático ao afirmar que a pena vinha sendo utilizada desmesuradamente, propondo o resgate da máxima do *minima non curat praetor*.

²¹ Roxin, Claus. Política criminal e sistema jurídico penal. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 53.

pode ser considerada um óbice à aplicação do princípio da insignificância²². Como bem aponta Mañas²³, a norma penal não contém todo o direito.

Ainda, o autor prossegue:

Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio como o da insignificância não fere o ordenamento constitucional da legalidade ou reserva legal. É o mesmo que se dá com as chamadas causas supraleais de exclusão da licitude (p. ex., o consentimento do ofendido)²⁴.

Zaffaroni e Pierangeli também asseveram que o saber penal não se limita aos dados legislativos, não podendo se negar a importância da filosofia, dos dados históricos, da jurisprudência, dos dados políticos e econômicos, e de tudo que possa aclarar o efeito real da norma na prática do sistema penal e possa esclarecer o entendimento de uma norma²⁵.

Os célebres penalistas ainda asseveram:

O saber penal não se nutre unicamente do conhecimento da lei penal, porque ninguém pode interpretar o objeto que uma ordem do saber põe dentro de seu horizonte de projeção, sem valer-se de dados e sem submeter-se a condicionamentos de seu saber, os quais provêm de âmbitos que não só estão fora desses limites, como também dele se encontram inegavelmente afetados²⁶.

Quando constrói o tipo penal, o legislador só tem em mente aqueles prejuízos relevantes à ordem jurídica e social. Todavia, esse trabalho se mostra defeituoso, ante a impossibilidade de reduzir todas as possibilidades de atos humanos em fórmulas precisas. Assim, condutas que deveriam estar excluídas do âmbito de proteção do direito penal acabam por ser consideradas formalmente típicas²⁷.

Os princípios podem desempenhar uma função argumentativa dentro do ordenamento jurídico²⁸, permitindo denotar a *ratio legis* de uma disposição e, conseqüentemente, limitar a abrangência da norma penal.

Quando o magistrado aplica a insignificância ao fato penalmente irrelevante, ele apenas está reconhecendo a desnecessidade de aplicação de uma pena, pois o sujeito já sofreu todos os constrangimentos das atividades investigatórias e processuais. Mas isso não quer

²² Gomes, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3ª ed. - São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013, p. 27: O autor alerta que há uma exceção dentro do nosso ordenamento jurídico e que se encontra no Código Penal Militar. O art. 209, § 6º, deste diploma diz que em caso de ofensa a integridade corporal de alguém que resulte em lesão levíssima, o juiz pode considerar a infração como disciplinar. Mais interessante ainda é o art. 240, § 1º, do CPM, ao dizer que em casos de subtração de coisa alheia móvel por agente primário, se o valor do objeto não for superior a um décimo do mais alto salário mínimo do país, o magistrado pode também considerar a infração como disciplinar.

²³ Mañas, Carlo Vico, *Op. cit.*, p. 67.

²⁴ *Idem.*

²⁵ Zaffaroni, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: v.1: Parte geral – 9ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 119.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Mañas, Carlo Vico. *Op. cit.*, p. 56.

²⁸ Canotilho, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 167.

dizer que o autor se torne completamente impune, pois ainda pode ser alvo de sanções cíveis, trabalhistas, sociais, administrativas, entre outras²⁹.

Quando da verificação de um caso concreto, o que cabe considerar para a aplicação ou não do princípio da insignificância não é o dano físico (resultado naturalístico), e sim a lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente protegido. Ilustrando a questão, Luiz Flávio Gomes traz à baila dois didáticos e elucidativos exemplos. No primeiro ocorre o furto de uma melancia. Neste caso percebe-se que ocorreu um dano, mas ele é tão irrelevante que a aplicação de uma sanção se mostraria completamente desproporcional à conduta. Assim, neste caso é aplicável o princípio da insignificância. Já num segundo exemplo, alguém tenta furtar um cofre onde se guarda R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Aqui não se verifica nenhuma lesão, pois tanto o cofre como o dinheiro permaneceram íntegros, mas o perigo que correu o bem jurídico é altamente significativo, razão pela qual não é aplicável o princípio da insignificância³⁰.

1.2.3. O meio de penetração na norma: o tipo

O tipo constitui a descrição abstrata de um comportamento proibido, é a “descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ética-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica³¹”. Zaffaroni e Pierangeli alertam que os tipos não são absolutamente descritivos, uma vez que, ocasionalmente, recorrem a conceitos que remetem ou são sustentados por um juízo valorativo jurídico ou ético³².

Na ensinância de Cezar Roberto Bitencourt:

É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos *especiais*, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva³³.

²⁹ Gomes, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 31.

³⁰ *Ibidem*, p. 24.

³¹ Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal* – 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 127.

³² Zaffaroni, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: v.1: Parte geral – 9ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 388.

³³ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* – 16ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

Cumpra observar que o conceito de tipo não se confunde com tipicidade. Como dito alhures, o primeiro é a abstração conceitual que designa o delito, enquanto a tipicidade é a correspondência entre um fato praticado pelo agente e a fórmula legal insculpida no diploma penal. A essa atividade intelectual de verificação e adequação entre a conduta e a moldura legal chama-se juízo de tipicidade.

1.2.4. Evolução Histórica do Tipo

O conceito de *tipo* foi introduzido no Direito Penal por Beling e sua Doutrina do Delito (*Die Lehre von Verbrechen*), em 1906. O termo é fruto de uma tradução livre da expressão *tatbestand*, que por sua vez é uma tradução alemã do verbete latino *corpus delicti*³⁴.

À época, os penalistas germânicos tomavam o *tatbestand* como sinônimo da própria figura delitiva. Por meio dos estudos de Beling, este conceito deixou de ser concebido como a totalidade dos elementos do crime e passou a ser entendido como mera descrição de um comportamento proibido, com todas as suas objetivas e descritivas³⁵.

Assim, segundo referido autor, o conceito de tipo é objetivo, uma vez que todos os elementos subjetivos integram a culpabilidade. Seria, também, livre de valor, pois a tipicidade é neutra e toda a valoração legal pertencente à antijuridicidade³⁶.

Essa teoria da tipicidade de Beling, por ser considerada excessivamente objetiva, recebeu severas críticas e não foi bem acolhida pela doutrina alemã.

Mayer promoveu alguns reparos à teoria de Beling, mostrando que o tipo, além de descritivo, incorporava alguns elementos subjetivos correlatos ao estado ou processo psíquico do agente. Referido autor também agregou elementos normativos ao conceito de tipo, afastando aquela definição neutra e desprovida de valoração elaborada por Beling. Esse elemento normativo é definido como uma parte integrante do resultado típico que, para sua verificação, exige um juízo de valor, como, por exemplo, o caráter alheio da coisa no crime de furto³⁷.

Também visando combater a neutralidade do tipo, em 1931 Mezger apresenta uma estrutura bipartida do delito, sendo este uma ação tipicamente antijurídica e culpável. Para tal

³⁴ Mañas, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 41.

³⁵ Bissoli Filho, Francisco. Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 178.

³⁶ Beling *apud* Bissoli Filho, *ibidem*, p. 179.

³⁷ *Ibidem*, p. 180.

autor, a tipicidade é mais do que uma simples descrição, indício ou *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, constituindo, na verdade, o seu fundamento, a sua *ratio essendi*.

Assim, a tipicidade é inserida na antijuridicidade, sendo a primeira razão de ser da segunda, de modo que todo fato típico é considerado antijurídico, desde que inexistente prova em contrário³⁸.

Ante as contundentes críticas que recebeu e a descoberta dos elementos subjetivos e normativos do tipo, Beling reformulou a sua teoria em 1930, diferenciando o *Tatbestand* e o *Deliktypus* (tipo de delito), mantendo, contudo, o caráter descritivo do tipo.

O *Tatbestand* é concebido como uma mera imagem conceitual, não estando localizado nem na parte objetiva nem na subjetiva do delito, assim, sem correspondência na lei. Já o *Deliktypus*, ao seu turno, corresponde ao crime tipificado, compreendendo todos os seus elementos objetivos e subjetivos. Não obstante as tentativas de reformulação de sua primeira teoria na tentativa de dar-lhe nova vida, essa diferenciação não recebeu guarida da doutrina que se seguiu.

O finalismo surge também na década de 1930, sobretudo com Welzel, como crítica à teoria causal, elaborada por Liszt, Beling e Radbruch e que predominou na escola alemã no início daquele século.

Na teoria causal a ação humana, depois de desencadeada, é considerada como algo que se desprende do agente e provoca modificações no mundo natural, não comportando juízos de valor sobre o conteúdo da conduta.

Já no finalismo, a ação é algo que se realiza segundo o fim previsto na mente do agente. Assim, é uma atividade dirigida, cujos resultados eram antecipados pelo homem em sua esfera intelectual³⁹. Deste modo, segundo Welzel, a finalidade deve ser considerada já na tipicidade, enquanto para a teoria causalista a finalidade era objeto de análise apenas na esfera da culpabilidade.

Quando o finalismo retira a vontade final da esfera da culpabilidade e a insere na dimensão objetiva do tipo penal, completa-se o processo de subjetivação do tipo, distanciando-o daquele modelo objetivo e não valorativo proposto por Beling.

Contudo, apesar dos esforços que impulsionaram essa evolução, percebe-se que a tipicidade ainda continuava representando uma adequação avalorada do fato à letra da lei.

Mañas, sabiamente, afirma:

³⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral – 16ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302.

³⁹ Toledo, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal – 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 97.

Tal postura, porém, não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do direito penal diante de seu reconhecido caráter subsidiário, já que manifesta a sua ineficiência como único meio de controle social.

De fato, aquele modelo avalorativo mostra-se deveras abstrato e impreciso. O legislador, quando da eleição dos bens a serem protegidos, seleciona somente aqueles dotados de alguma importância, tais como a vida, o patrimônio, a dignidade sexual, a honra, a integridade física, dentre outros. Todavia, impossível que o legislador consiga descrever fielmente todas as hipóteses de condutas humanas reprováveis penalmente, assim, acaba delimitando o âmbito de sua abrangência. Caso a concepção de tipo se valesse somente daquela fórmula desprovida de valoração e puramente descritiva, o Direito Penal estaria se ocupando de diversos bens não almejados pelo legislador quando daquele exercício abstrato de seleção.

Neste sentido é o ensinamento de Lopes⁴⁰:

A ação descrita tipicamente há de ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem jurídico. O legislador toma em consideração modelos de vida que deseja castigar. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, de maneira mais precisa, a situação vital típica. Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão porque alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito da proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves de ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito casos leves.

Surge então a concepção material do tipo, enunciando que para uma conduta ser considerada criminosa deve se submeter ao tipo não somente sob um aspecto formal, mas também sob um aspecto material, que compreende dois juízos distintos: de desaprovação da conduta e desaprovação do resultado jurídico⁴¹.

1.2.5. Princípio da insignificância e sua relação com outros princípios

1.2.5.1. Princípio da legalidade

O Estado, no cumprimento do seu dever de resguardo da segurança jurídica e de proteção dos valores ético-sociais, acaba por fazê-lo mediante a coação penal. Contudo, essa intervenção atinge os direitos mais elementares da pessoa e, mesmo que visando a reeducação

⁴⁰ Lopes, Maurício Antônio Ribeiro, op. cit., p. 117.

⁴¹ Gomes, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3ª ed. - São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013, p. 74.

e ressocialização dos indivíduos, acaba por caracterizar uma efetiva violência contra aquele que é privado de alguns dos seus bens jurídicos.

Considerando a gravidade dos meios empregados pelo Estado, a pena deve situar-se dentro dos limites do Direito Penal, não podendo ser imposta senão mediante um procedimento dotado de todas aquelas garantias jurídico-constitucionais⁴².

Neste contexto, o princípio da legalidade emerge como um instrumento de limitação do poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais, constituindo importante mecanismo de proteção do indivíduo no moderno Estado Democrático de Direito.

Referido princípio acaba refletindo diretamente na tipicidade, uma vez que, não estando a conduta em correspondência com aquela prevista pelo Estado no exercício de sua atividade legiferante, o fato é atípico e, conseqüentemente, não há crime.

O antecedente histórico mais citado é a Carta Magna de 1215, imposta pelos Barões ingleses ao Rei João Sem Terra. O seu art. 39 previa que nenhum homem sofreria sanção senão mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra⁴³.

Beccaria, em sua célebre obra “Dos Delitos e das Penas” (1764), assim já asseverava:

[...] apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.

Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão⁴⁴.

O ordenamento penal do Imperador Carlos V (*Constitutio Criminalis Carolina*), de 1532, também criou certa submissão do juiz à lei, entretanto, permitia uma punição extralegal, permitindo ao magistrado recorrer aos “bons costumes”⁴⁵.

Somente no Século das luzes que o princípio ganhou força na luta contra a arbitrariedade dos juízes e das autoridades. Foi adotado pelo *Bill of Rights* da Filadelfia (1772), Declaração de Direitos da Virgínia e pela Constituição de Maryland (1776). A

⁴² Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 1: parte geral – 14 ed. – São Paulo: Saraiva: 2009, p. 9.

⁴³ Rosa, Alexandre Morais da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 59: Foi um pacto estamental, realizado entre a Burguesia (os Barões ingleses) e aquele que pela morte de seu irmão Ricardo I, à época rei da Inglaterra, viria a sucedê-lo na coroa britânica. O novo Rei John de Anjou, chamado de Rei João “Sem Terra”, teria recebido esse nome pelo fato de não ter herdado terras quando da morte de seu pai, Henrique II. Sendo, então, um rei sem posses e desprestigiado, se viu pressionado pela burguesia a ceder alguns Direitos como condição necessária para permanecer no trono.

⁴⁴ Beccaria, Cesare. Dos delitos e das penas – 3ª ed.- São Paulo: Martin Claret; 2011, p. 20.

⁴⁵ Welzel, Hans. Derecho Penal: Parte General. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma – 1956, p. 27.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consagrou-o, difundindo-se depois para todo o mundo.

O princípio é enunciado pela fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege*, sintetizado por Feuerbach no começo do século XIX.

Foi adotado pela Constituição Brasileira de 1988, estando entre os direitos e garantias fundamentais, insculpido em seu art. 5º, XXXIX, que assim diz: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade se desdobra em:

a) *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*: Enuncia que a lei instituidora do crime e da pena deve ser anterior ao fato. Veda a retroatividade da lei penal, abrangendo possíveis mudanças nos pressupostos de punibilidade prejudiciais ao réu, as penas, os efeitos da condenação, as causas de extinção da punibilidade, regimes de execução e todas as hipóteses de encarceração. Admite-se a retroatividade exclusivamente nos casos em que prescreve situação mais benéfica ao réu⁴⁶.

b) *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*: a fórmula proíbe o uso do direito consuetudinário como fundamento para a criminalização de condutas ou como razão de agravamento da pena. Todavia, os costumes não são totalmente abolidos do âmbito penal, pois ainda podem ser utilizados como causa de exclusão da ilicitude, atenuante da pena ou mesmo como instrumento de elucidação do conteúdo do tipo penal⁴⁷.

c) *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*: a analogia, resumidamente, é um método para suprir lacunas da lei mediante uma adequação típica por semelhança de fatos⁴⁸.

No Direito Penal Existem duas espécies de analogia: 1) Analogia *in malam partem* - Implica em um agravamento da situação do réu. 2) Analogia *in bonam partem* – é uma analogia favorável ao réu.

Somente a segunda modalidade de analogia é admitida no Direito Penal.

d) *nullum crimen nulla poena sine lege certa*: A vedação de leis indefinidas ou obscuras visa evitar normas muito gerais que deem margem a interpretações abusivas ou dificuldade de compreensão do seu conteúdo proibitivo.

⁴⁶ Santos, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral – 5ª ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 21.

⁴⁷ Toledo, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988 – 5ª ed.- São Paulo: Saraiva: 1994, p. 25.

⁴⁸ Jesus, Damásio de. Código Penal Anotado – 22ª ed.- São Paulo: Saraiva: 2014, p. 17.

1.2.5.2. Princípio da Lesividade

Por este princípio a intervenção estatal repressiva somente se justifica nos casos em que ocorra uma efetiva lesão a um bem jurídico ou, ao menos, exista um perigo concreto e real. Referido princípio se manifesta em dois distintos momentos. O primeiro antecede a elaboração do diploma repressor, servindo de orientação ao legislador para que este venha a proibir somente condutas socialmente relevantes. O segundo momento é quando da aplicação legal ao caso concreto, incumbindo ao magistrado, em sua atividade interpretativa, verificar a ocorrência de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico⁴⁹.

Lopes⁵⁰, baseado na lição de Nilo Batista, aponta que existem quatro principais funções do princípio da lesividade.

A primeira proíbe a incriminação de uma atitude interna, visto que, ideias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem ser alvo de tipificação. Ou seja, qualquer atitude que não esteja nitidamente associada a uma conduta externa e não trespasse o campo da cogitação é irrelevante para o Direito Penal.

A segunda função é aquela que proíbe a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Aqui se afasta a punição do conluio ou dos atos preparatórios para a prática de um crime cuja execução não foi iniciada. Neste mesmo diapasão, proíbe-se a punição de uma conduta externa que viole formalmente um bem jurídico, mas não ultrapassa o âmbito do próprio agente, caracterizando, portanto, uma autolesão.

A terceira função proíbe a incriminação de simples estados ou condições existenciais. Nilo Batista afirma que o Direito Penal não admite um direito penal do autor, mas sim um direito penal da ação, de modo que o homem responde pelo que faz e não pelo que ele é⁵¹. O princípio da lesividade veda a imposição de pena a um simples estado ou condição, implicando, se levada às últimas consequências, em uma exclusão do campo do direito penal das medidas de segurança.

Por fim, a quarta função proíbe a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Aqui se fala em um direito à diferença, vetando-se a criminalização de hábitos de grupos minoritários. Nilo Batista prossegue afirmando que essa função também se refere àquelas condutas que só podem ser objeto de apreciação moral.

⁴⁹ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 1: parte geral – 14 ed. – São Paulo: Saraiva: 2009, p. 23.

⁵⁰ Lopes, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95: juizados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual- 2. ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos tribunais: 2000, p. 83.

⁵¹ Batista, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro – 11ª ed.- Rio de Janeiro: Revan: 2007, p. 93.

1.2.5.3. Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da insignificância apresenta nítida relação com o princípio da intervenção mínima. Contudo, como bem assevera Lopes⁵², ambos apresentam clara independência semântica entre si.

Por se tratar de um remédio extremo e que afeta diretamente a esfera pessoal do indivíduo, retirando-lhe a autonomia e a liberdade, o direito penal deve ser tomado como a *ultima ratio*, isto é, quando inexistir nos outros ramos do Direito um instrumento hábil a tutelar satisfatoriamente o bem jurídico. Certeira é a afirmação de Nucci de que o Direito Penal é a “última cartada do sistema legislativo”⁵³.

Assim, o princípio da intervenção mínima traz à baila a ideia de que antes de se recorrer ao direito penal devem-se esgotar todos os meios extrapenais⁵⁴, tais como as medidas cíveis ou administrativas, sob pena de banalizar a punição e a tornar ineficaz.

A intervenção penal deve ser vista como subsidiária, adotada somente quando da ineficácia dos demais meios de controle jurídico, não podendo ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) para a punição e composição dos conflitos.

Pode-se estabelecer as seguintes diferenças entre o princípio da insignificância e da intervenção mínima: 1) O primeiro é uma regra de determinação quantitativa material ou intelectual no processo de interpretação da lei penal. Atua sobre o Direito Penal já estabelecido, buscando uma interpretação restritiva do tipo e a materialização do seu conteúdo em função do caso concreto⁵⁵. 2) Já o princípio da intervenção mínima está relacionado ao processo legislativo e à eleição das condutas incriminadas, bem como à valoração do bem jurídico objeto de seu conteúdo.

Destarte, o princípio da intervenção mínima impõe um rigorismo à atividade legiferante, visando evitar a criminalização de fatos insignificantes ou a imposição de sanções que não sejam estritamente necessárias⁵⁶.

⁵² Lopes, Maurício Antônio Ribeiro, *op. cit.*, p. 78.

⁵³ Nucci, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial- 5ª ed. ver. Atual e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2009, p. 74.

⁵⁴ Lopes, Maurício Antônio Ribeiro, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

1.2.5.4. Princípio da Fragmentariedade

O Direito Penal deve se limitar a punir tão somente aquelas ações mais graves e proteger os bens jurídicos mais relevantes dentro da sociedade. Daí que emerge o caráter fragmentário do Direito Penal, pois, dentro de um universo de condutas, deve-se ocupar somente daquelas consideradas intoleráveis e verdadeiramente prejudiciais à segurança pública e à liberdade individual, ou seja, de um fragmento do total de bens jurídicos. Trata-se de um corolário do princípio da intervenção mínima.

1.2.5.5. Princípio da Proporcionalidade

Segundo tal, a carga coativa da pena deve guardar uma proporcionalidade com a gravidade do crime. Referido princípio apresenta duas dimensões: 1) Princípio da proporcionalidade abstrata: dirige-se ao legislador, limitando a criminalização somente às aquelas hipóteses de graves danos ao bem juridicamente tutelado, excluindo lesões consideradas insignificantes. Há uma hierarquização das lesões de bens jurídicos para adequar a pena à natureza e à extensão do dano produzido; 2) Princípio da proporcionalidade concreto: esta dimensão é dirigida ao magistrado que irá equacionar os custos individuais e sociais da criminalização. O juiz, quando da aplicação da pena, pode se utilizar do princípio da proporcionalidade para fundamentar critérios compensatórios das desigualdades sociais da criminalização, “com o objetivo de neutralizar ou de reduzir a seletividade fundada em indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, favelização, etc⁵⁷.”

É deste modo que a ideia de proporcionalidade da pena constitui fundamento para o princípio da insignificância, pois, nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão irrelevante que a mínima pena aplicada se mostraria desproporcional à significância social do fato⁵⁸.

⁵⁷ Santos, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral – 5ª ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 29.

⁵⁸ Mañas, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58.

1.2.5.6. Princípio da Adequação Social

Esse princípio foi cunhado por Welzel, o qual afirmava que aquelas ações realizadas no contexto da ordem social histórica da vida são socialmente adequadas, e conseqüentemente atípicas, mesmo que correspondam à descrição do tipo legal⁵⁹.

As condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas apenas socialmente aceitas ou toleradas, carecendo, portanto, de relevância penal. A adequação social, então, é um princípio geral de hermenêutica que também visa restringir o âmbito de incidência do tipo penal e dele excluir aquelas condutas aceitas pela sociedade⁶⁰. Cumpre salientar que o seu conteúdo não se limita ao Direito Penal, abarcando o ordenamento jurídico em geral⁶¹.

Rogério Greco⁶² assevera que a adequação, *de per si*, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que seja constante a prática de alguma infração que não mais é considerada perniciosa pela sociedade, não cabe alegar que o fato socialmente aceito fulminou a norma que o incriminava, pois uma lei somente pode ser revogada por outra, nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil – LICC)⁶³.

Welzel, num primeiro momento afirmou que a adequação social seria uma excludente de tipicidade, todavia, modificou seu entendimento e declarou ser uma causa de justificação. Por fim, voltou a considerá-la uma excludente de tipicidade. A diferença entre ambas é que a ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, pois se realiza dentro do âmbito de normalidade social. Já a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, mesmo sendo socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica⁶⁴.

A excludente de antijuridicidade trata de uma conduta socialmente inadequada, mas que naquele caso concreto é justificado. Ademais, a atribuição da adequação social à antijuridicidade pressupõe a ultrapassada concepção do tipo livre de valor.

Predomina, portanto, o entendimento de que a adequação social atinge a tipicidade material, devendo-se, portanto, realizar aquele juízo de valoração da conduta e do resultado.

⁵⁹ Santos, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 104.

⁶⁰ Greco, Rogério. Curso de Direito Penal- 13ª ed.- Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 56.

⁶¹ Gomes, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3ª ed.- São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013, p. 174.

⁶² Greco, Rogério. *Op. cit.*, p. 56.

⁶³ Art. 2º, *caput*, da lei 4.657/1942: Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

⁶⁴ Toledo, Francisco de Assis, *op. cit.*, p. 132.

No caso concreto, a conduta do autor não é eticamente recomendada, mas socialmente ela é tolerada, afastando-se a necessidade de uma pena, que político-criminalmente se justifica quando em jogo está a convivência social.

Este princípio apresenta estreita relação com aquela ideia de proporcionalidade, pois, a conduta considerada socialmente aceita produz um dano, mas, dentro dos moldes sociais, considera-se tolerável a conduta, até um certo limite. A doutrina costuma citar o hábito de perfuração de orelhas de uma criança para o uso de adornos e embelezamento como uma conduta socialmente adequada. Aqui não existe crime. Todavia, se essa lesão ultrapassar aqueles limites delineados pela proporcionalidade e aceitabilidade social, deve ser punida penalmente.

1.3. Princípio da insignificância no direito brasileiro

Não obstante a formulação de algumas objeções e a inexistência de previsão legal, o princípio da insignificância é amplamente aceito pela doutrina brasileira como excludente da tipicidade material. As discussões verificáveis na maior parte da doutrina visam à fixação dos critérios de sua aplicação e a investigação dos crimes em que seria aplicável.

A jurisprudência também vem apresentando uma boa receptividade ao princípio da insignificância, contudo, percebe-se que ainda existe uma grande confusão no que diz respeito aos moldes de sua aplicação, muitas dessas questões são aquelas presentes na doutrina.

Aqui será analisado como a questão vem sendo tratada pela jurisprudência e exposto quais as maiores controvérsias que ainda pululam dentro dos tribunais pátrios. Mas antes, cumpre observar que o tema também vem sendo objeto de debate pelo legislador brasileiro, como se expõe a seguir.

1.3.1. Insignificância e o legislativo

Durante muito tempo uma das principais objeções ao princípio da insignificância era a ausência de norma o prevendo. Como dito alhures, esse argumento é deveras frágil, pois há tempos os princípios são reconhecidos como espécie de norma, ao lado das regras, e a insignificância nada mais faz do que eliminar da esfera penal aquelas condutas que o legislador não almejou incriminar. Todavia, o legislador brasileiro, atento à evolução do direito penal, pretende jogar uma pá de cal sobre a questão positivando o princípio da insignificância.

Em 22 de março de 2006, foi apresentada a proposta de Emenda à Constituição n. 524, de iniciativa do Deputado Carlos Souza, visando acrescentar um inciso ao art. 5º da Constituição Federal. Tal proposta tem como desiderato a inclusão do princípio da insignificância entre os direitos e garantias individuais previstos no texto constitucional.

O autor da proposta assim justifica sua proposta:

[...] o princípio da insignificância é um critério geral interpretativo de exclusão da tipicidade. É uma máxima orientada ao exegeta que ao analisar a tipicidade deve verificar se o dano afetou significativamente o bem jurídico a ponto de ser imprescindível a aplicação de reprimenda penal.

Ocorre, porém, que a despeito de sua inequívoca importância para a aplicação do direito penal, o princípio da insignificância não consta de nenhum diploma legal do sistema jurídico brasileiro.

Destarte, salutar seria, a inclusão da máxima, ora em comento, no texto da Carta Magna, conferindo-lhe destaque de cláusula pétrea Constitucional, evitando-se a sua futura extirpação do direito positivo⁶⁵.

Após alguns arquivamentos e pedidos de desarquivamento, em 31/07/2014, o Deputado Ronaldo Fonseca (relator) votou pela admissibilidade da proposta de emenda, a qual, desde então, está pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

O Deputado Carlos Souza também apresentou o projeto de lei n. 6667/2006, propondo a inclusão do art. 22-A ao Código Penal, o qual teria a seguinte redação:

Exclusão de Tipicidade

Art. 22- Salvo os casos de reincidência, ameaça ou coação, não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante.

Após seu desarquivamento, o projeto ainda aguarda a Designação de novo relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)⁶⁶.

O Projeto de Lei do Senado n. 236 de 2012⁶⁷, conhecido como o projeto do novo Código Penal, é fruto do trabalho de uma comissão de juristas e presidida pelo Ministro Gilson Dipp. Foi apresentada ao Presidente do Senado, Sr. José Sarney, em 2012. O artigo 28 do anteprojeto tem a seguinte disposição:

Exclusão do fato criminoso

Art. 28. Não há fato criminoso quando o agente o pratica:

I – no estrito cumprimento do dever legal;

II – no exercício regular de direito;

III – em estado de necessidade; ou

IV – em legítima defesa;

Princípio da insignificância

§ 1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

a) mínima ofensividade da conduta do agente;

b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;

⁶⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=318038>

⁶⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=315741>

⁶⁷ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>

c) inexpressividade da lesão jurídica provocada. (sem grifos no original).

Naquele mesmo ano, Ophir Cavalcante, presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pediu pela suspensão da tramitação do projeto do novo Código Penal, preocupado com a velocidade com que tramitava e também almejando promover um maior debate sobre o projeto. Desde então o projeto vem sendo debatido, podendo o cidadão enviar sugestões por meio do “Alô Senado”⁶⁸.

Atualmente, a Comissão Especial de Reforma do Código Penal, que tem o Senador Pedro Taques como relator, debate sobre o tema, inclusive com os Tribunais Superiores. Após ser votado pela comissão temporária, o projeto será objeto de deliberação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) e, em seguida, seguirá ao Plenário.

Apesar de não ter ocorrido nenhuma posituação do princípio da insignificância, percebe-se que o tema não passa despercebido pelo legislador, que já se movimenta por diferentes vias para insculpi-lo em nosso ordenamento jurídico.

1.3.2. Insignificância e a jurisprudência

Como dito acima, a jurisprudência tem se mostrado cada vez mais pacífica quanto à utilização do princípio da insignificância como instrumento de exclusão da tipicidade, atingindo especificamente a tipicidade material. Contudo, durante alguns anos inexistia um consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre os requisitos autorizadores da sua incidência no caso concreto.

Com o desiderato de orientar o intérprete, o Supremo Tribunal Federal convencionou certos vetores que devem estar presentes para a aplicação do referido princípio, sendo eles: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduziíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; d) inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412-SP, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19.10.2004).

Dos critérios estancados pelo Ministro Celso de Mello, percebe-se que os três primeiros se referem à conduta, já o último se refere unicamente ao resultado.

No caso se discutia a aplicação da insignificância a um furto praticado por um jovem de 19 (dezenove) anos, desempregado, que subtraiu uma fita de videogame avaliada em R\$ 25,00 (vinte e cinco reais), o que correspondia a 18% (dezoito por cento) do salário mínimo vigente à época do fato.

A importância dessa decisão reside não na aplicação do princípio da insignificância, até porque isso já vinha sendo feito há tempos pelo STF, mas no reconhecimento da exclusão

⁶⁸ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/alosenado/>

da tipicidade material e na fixação dos juízos de desaprovação tanto da conduta como do resultado para a incidência da insignificância.

Os Tribunais pátrios, que sempre ansiaram por critérios mais objetivos para orientar a aplicação do referido princípio, acabaram por encontrar neste julgado os vetores que buscavam para delinear seus julgados. Todavia, esses pressupostos desenhados pelo STF ainda apresentam certa vagueza e imprecisão, de modo que se observam ao longo do país as mais diversas interpretações e heterogeneidade das decisões. Ademais, cumpre ressaltar que se trata de um instrumento restritivo de interpretação, de modo que, apesar dos critérios fixados pelo STF, ainda se faz necessária a análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado (HC 114.300/RS – Julgado em 14.5.2013).

Por vezes, uma conduta considerada insignificante no plano abstrato, quando verificada no mundo físico, pode representar um grave ataque ao bem jurídico, ante as suas peculiaridades.

Então, para investigar como a questão vem sendo tratada pelos tribunais brasileiros, faz-se mister a análise de algumas situações concretas, que vem sendo alvo de debate na jurisprudência e na doutrina.

1.3.3. Princípio da insignificância, maus antecedentes e reincidência

Este é um tema que gera grande polêmica e discussão, razão pela qual se dá início ao estudo dos casos concretos por este ponto.

Luiz Flávio Gomes é enfático ao afirmar que não se pode negar a incidência do princípio da insignificância a fato único cometido por réu reincidente⁶⁹. Segundo o autor, a aplicação do princípio deve se dar por critérios objetivos, não podendo contar, quando da verificação da insignificância, os dados pessoais do agente, e sim as peculiaridades do caso concreto.

Assim, as condições pessoais do agente, tal como os maus antecedentes e a reincidência não deveriam ser relevados na análise do fato. O autor reconhece que a jurisprudência se porta num sentido de subjetivação do princípio da insignificância, mas discorda dessa posição.

⁶⁹ Gomes, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3ª ed. - São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013, p. 115.

Gomes prossegue⁷⁰:

A insignificância correlaciona-se indubitavelmente com o âmbito do injusto penal (ou mais precisamente com o da tipicidade). Afeta, portanto, ou o desvalor da ação ou o desvalor do resultado (daí falar-se em princípio da insignificância da conduta e princípio da insignificância do resultado). Logo, não há espaço, nesse âmbito, para a inserção de critérios subjetivos típicos da reprovação da conduta (da culpabilidade) ou mesmo da necessidade da pena.

[...]

Toda referência que é feita na esfera do princípio da insignificância ao desvalor da culpabilidade (réu com bons ou maus antecedentes, reincidência, motivação do crime, personalidade do agente, etc.) acaba constituindo fonte de confusão entre o injusto penal e a sua reprovação, leia-se, mescla o delito com a pena, a teoria do delito com a teoria da pena, o injusto penal com a culpabilidade.

Assim, ante uma infração insignificante, o exame da reprovabilidade recairia sobre a pessoa do autor. Existem críticas a essa postura, pois implicaria numa adoção do direito penal do autor em detrimento de um direito penal do fato.

Busato⁷¹ é mais um a criticar esse posicionamento da jurisprudência. Segundo o autor, quando se fala em “desvalor da conduta”, trata-se daquilo que é realizado nos autos, não se expressando um modo cotidiano de proceder, um *modus vivendi*, mas sim, concretamente, uma ação ou omissão que se expressa com o sentido de um tipo ou não. Na avaliação da conduta não interessa o modo de vida do agente, o seu passado ou o que quer que tenha realizado antes.

Apesar das divergências existentes nos Tribunais, a absoluta maioria da jurisprudência entende que o princípio da insignificância não pode ser aplicado quando o agente é reincidente.

Em recente acórdão, o Ministro Luiz Fux emitiu um elucidativo voto quanto à questão. No HC 118.853/ES, julgado em 29/04/2014, o réu furtou do interior de um estabelecimento comercial a quantia de R\$ 6,00 (seis reais) em notas, bem como R\$ 19,00 (dezenove reais) em moedas. O feito foi assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (CP, ART. 155, § 4º, I E IV). **REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.** HABEAS CORPUS EXTINTO SEM ANÁLISE DO MÉRITO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. O reconhecimento da atipicidade da conduta do paciente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta, porquanto trata-se de condenado reincidente. (HC 118853, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014). (Sem grifos no original).

⁷⁰ Gomes, Luiz Flávio. Op. cit., p. 34.

⁷¹ Busato, Paulo César. O Desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para a aplicação do princípio de intervenção mínima. Revista Sequência, n. 62, p. 97-117, jul. 2011. P. 114.

O Exmo. Ministro asseverou que a aplicação do princípio da insignificância deve ser precedida de uma criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. Ainda reconhece que existente o entendimento de que só devem ser considerados critérios objetivos para o reconhecimento da causa supralegal de extinção da tipicidade, mas que a prudência recomenda que se leve em consideração a obstinação do agente na prática delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda criminoso.

Em sentido contrário também já se posicionou o STF. Para ilustrar, cita-se o RE 536.486/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie e que foi assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. CRITÉRIOS DE ORDEM OBJETIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP).

2. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. Assim, somente é possível cogitar de tipicidade penal quando forem reunidas a tipicidade formal (a adequação perfeita da conduta do agente com a descrição na norma penal), a tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido) e a antinormatividade (a noção de contrariedade da conduta à norma penal, e não estimulada por ela).

3. A lesão se revelou tão insignificante que sequer houve instauração de algum procedimento fiscal. Realmente, foi mínima a ofensividade da conduta do agente, não houve periculosidade social da ação do paciente, além de ser reduzido o grau de reprovabilidade de seu comportamento e inexpressiva a lesão jurídica provocada. Trata-se de conduta atípica e, como tal, irrelevante na seara penal, razão pela qual a hipótese comporta a concessão, de ofício, da ordem para o fim de restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia.

4. A configuração da conduta como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva, não podendo ser considerados aspectos subjetivos relacionados, pois, à pessoa do recorrente.

5. Recurso extraordinário improvido. Ordem de habeas corpus, de ofício, concedida.

(RE 536486, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008). (Sem grifos no original).

No caso, a aplicabilidade do princípio da insignificância foi negada pelo Tribunal estadual sob o argumento de que “a vida pregressa do réu não permite acolher o princípio despenalizante”. Todavia, a Relatora entendeu que considerações de ordem subjetiva não podem ser consideradas quando da análise da possibilidade de exclusão da tipicidade material, concedendo a ordem de *habeas corpus*, de ofício.

Em outro interessante julgado (RHC 113.773/MG – Julgado em 27/08/2013), o Ministro Gilmar Mendes, mesmo constatando a reincidência do agente, aplicou o princípio da insignificância. No caso estudado, o réu furtou alguns bens que, somados, totalizavam a quantia de R\$ 30,00 (trinta reais). Sobreveio a pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão. No curso do processo o réu permaneceu preso por aproximadamente 5 (cinco) meses.

O relator ressaltou que o entendimento da Segunda Turma do STF é pacífico no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes, contudo, considerando as circunstâncias do caso concreto, entendeu que os 5 (cinco) meses de reclusão já cumpridos constituíam uma resposta estatal mais do que adequada. Respaldado nestas razões, o relator reconheceu a atipicidade da conduta e determinou o trancamento da ação penal corrente na comarca de origem.

Neste sentido também decidiu o Ministro Luís Roberto Barroso no HC 119.672/SP, julgado em 06/05/2014, onde uma mãe furtou um pacote de fraldas avaliado em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais). No caso a agente também era reincidente.

Quanto ao STJ, esta corte de justiça apresenta um entendimento relativamente pacífico quanto à inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes praticados por agente reincidente. Neste sentido são os seguintes julgados: AgRg no HC 295376/MG (Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 16/09/2014), AgRg no REsp 1411720/MG (Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 19/08/2014), HC 208173/MG (Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 18/06/2014), AgRg no AREsp 442512/MG (Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 22/05/2014), AgRg no REsp 1437999/SC (Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 22/05/2014), AgRg no HC 246784/RS (Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 19/08/2014), AgRg no REsp 1445050/MG (Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 07/08/2014) e AgRg no AREsp 505895/PR (Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 05/08/2014).

Entretanto, dentro daquela corte de justiça existem decisões em sentido contrário, tal como ocorreu no HC 259.342/RS, onde a relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura assim se manifestou:

De acordo com o entendimento majoritário desta Colenda Turma, cada fato deve ser analisado em seu contexto próprio, e tendo em vista as peculiaridades que cercam o ocorrido, entendo que a reincidência, conforme consta nos autos [...], não impede o reconhecimento da insignificância, havendo, pois, flagrante ilegalidade no caso concreto.

Entender de modo contrário, ao meu ver, é dar prioridade ao superado direito penal do autor, em detrimento do direito penal do fato.

Mais recentemente, o Ministro Sebastião Reis Júnior, no julgamento do HC 299185, afirmou que nem a reincidência nem a reiteração criminosa, tampouco a habitualidade

delitiva, são suficientes, por si só e isoladamente, para afastar a aplicação do denominado princípio da insignificância.

Contudo, algumas semanas antes, no julgamento do AgRg no REsp 1392679, o mesmo ministro negou a aplicação do princípio da insignificância a um agente que praticou o furto de um celular avaliado em R\$ 72,00 (setenta e dois reais), em razão do *modus operandi*, a existência de maus antecedentes e a reincidência da conduta. Assim, ante a conjunção de tais fatores, restou afastada a excludente de tipicidade.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina apresenta um entendimento pacífico quanto à inaplicabilidade do princípio da insignificância quando o réu é reincidente ou possui maus antecedentes. Neste sentido são os seguintes julgados: Apelação Criminal n. 2014.049744-0 (Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, julgado em 19/08/2014), Apelação Criminal n. 2014.032522-8 (Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, julgado em 09/09/2014), Apelação Criminal n. 2014.049147-9 (Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, julgado em 09/09/2014) e Apelação Cível n. 2014.031499-5 (Rel. Des. Rodrigo Colaço, Quarta Câmara Criminal, julgado em 04/09/2014).

Por fim, cita-se os Embargos Infringentes n. 2010.083985-9, cujo relator foi o Exmo. Des. Alexandre d'Ivanenko e foi julgado pela Seção Criminal no dia 30/03/2011, sendo assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES. FURTO SIMPLES. ALMEJADO O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO QUE PODERIA SER UM INCENTIVO À PRÁTICA DE NOVOS DELITOS. ACUSADO QUE, ALÉM DE REINCIDENTE, É POSSUIDOR DE MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO AUTORIZAM A CONCESSÃO DA BENESSE. CONDENAÇÃO MANTIDA. EMBARGOS REJEITADOS. (Embargos Infringentes n. 2010.083985-9, de Concórdia, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 30-03-2011).

Assim, vê-se que apesar das críticas doutrinárias, a jurisprudência, em absoluta maioria, vem decidindo pela inaplicabilidade do princípio da insignificância quando o réu possui maus antecedentes ou é reincidente.

1.3.4. Princípio da insignificância e crimes contra a administração pública

Por algum tempo era dominante o entendimento de que, em crimes contra a administração pública, não se poderia aplicar o princípio da insignificância, pois, em crimes da espécie, a norma visa não só o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, que seria imensurável.

Entretanto, em 2006, no julgamento do HC 87.478/PA, o Relator Ministro Eros Grau entendeu que seria aplicável a excludente de tipicidade em favor de um militar que furtou um fogão da Fazenda Nacional. Este precedente no STF abriu espaço para o surgimento de outros mais.

Em 20/05/2011, no julgamento do HC n. 104.286/SP, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, aplicou a insignificância a um caso em que o prefeito utilizou equipamentos da prefeitura para realizar a terraplanagem em uma propriedade sua.

Decisão semelhante foi proferida pela Ministra Cármen Lúcia no julgamento do HC 107.638/PE, em 13/09/2011, onde o réu furtou alimentos do depósito do quartel do Comando Militar em Recife, avaliados em aproximadamente R\$ 215,00 (duzentos e quinze reais).

Em 21/08/2012, no HC 112.388/SP, o Relator originário, Ministro Ricardo Lewandowski formulou seu voto no sentido de negar a aplicação do princípio a um caso de peculato, cujo dano patrimonial foi de R\$ 13,00 (treze reais), por considerar que o ato gerou enormes consequências negativas à administração Pública e à moral administrativa. Entretanto, restou vencido, sendo essas as breves razões da divergência dos demais Ministros:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, eu levo em consideração o fato de que a própria administração pública desconsidera maiores prejuízos a seu patrimônio mesmo, em relação a tributos, para descaracterizar, por atipicidade, certos crimes, à conta da insignificância da ação. Eu acho que o caso é análogo.

Concedo a ordem.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, eu também, pedindo vênica, vou conceder a ordem. Parece-me que é...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – 13 reais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É. É tão diminuto o valor e provavelmente envolve bens já em desuso ou coisa do tipo.

Ainda, o Relator originário assim explicou a seu voto:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu fico vencido então. O que me impressionou neste caso, apenas para colocar o meu ponto de vista com muita clareza, o que está acontecendo neste caso? São aqueles pátios onde ficam os veículos apreendidos, e esses veículos acabam sendo depenados por terceiros e mesmo por agentes públicos. Isso é uma coisa comuníssima.

Lembro-me que, no DETRAN em São Paulo, onde hoje é um museu de arte moderna ou arte contemporânea, havia um imenso pátio onde ficavam veículos. Esses veículos, em pouco tempo, ficavam totalmente depenados, e é o que, imagino, aconteceu nesse caso.

Mas, de qualquer maneira, acato, como não poderia deixar de acatar e me conformo, a decisão da douta maioria.

Enquanto no STF já começam a pulular algumas decisões no sentido de aplicação, o STJ, que sempre teve uma jurisprudência bastante definida pela não aplicação, no ano passado viu emergir uma decisão em sentido contrário.

No julgamento do HC 246885, em 04/08/2014, a Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afirmando que o crime afeta também a moralidade administrativa, negou a aplicação ao excludente de tipicidade, todavia, restou vencida. O Ministro Sebastião Reis Júnior, à luz dos precedentes do STF, divergiu da relatora e foi seguido pelos Ministros Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard.

Entretanto, no julgamento do AgRg no REsp 1382289/PR, no dia 05/06/2014, a Quinta turma daquela corte de justiça reiterou que a insignificância não pode ser aplicada aos crimes contra a administração pública.

Deste modo, o assunto fica imerso em certa insegurança, pois ainda não se sabe se este constituirá um caso isolado ou um indicativo de que o entendimento do STJ tende a tomar novos rumos.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina a questão é bastante sólida no sentido de impossibilidade de aplicação do princípio bagatelar. Neste sentido: Apelação Cível n. 2013.073233-4 (Rel. Desa. Marli Mosimann Vargas, Primeira Câmara Criminal, julgado em 26/08/2014), Apelação Cível 2013.074990-6 (Rel. Alexandre d'Ivanenko, Terceira Câmara Criminal, julgado em 25/03/2014), Apelação Cível 2013.022408-8 (Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, julgado em 19/11/2013) e Embargos Infringentes n. 2013.010594-6 (Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Seção Criminal, julgado em 25/09/2013).

1.3.5. Insignificância e o porte de drogas para consumo próprio

O STF vem travando acirradas discussões sobre o tema, entretanto, quando na esfera militar. O Código Penal Militar prevê em seu artigo 290 a punição daquele que traz consigo, mesmo que para consumo próprio, qualquer forma de substância entorpecente. Há uma clara divisão na Corte Suprema sobre o assunto. Isso ficou bastante claro no julgamento do *Habeas Corpus* 103.684/DF, analisado pelo plenário em 21/10/2010. Na ocasião, prevaleceu o voto do relator, Ministro Ayres Britto, que em seu voto assim versou:

Seja como for, o problema, aqui, não é de quantidade, nem mesmo do tipo de entorpecente que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante mesmo em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. Isso porque essa tipologia de relação jurídica é que me parece incompatível com a figura própria da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou da espécie de entorpecente sob a posse do paciente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. E se, diante de tal relação jurídica, não cabe fazer essa distinção hermenêutica, é porque o instituto da irrelevância ou da insignificância

penal não tem como operar nas relações jurídico-militares. Simplesmente não tem como incidir.

Restaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso de Mello e o Presidente, Cezar Peluso, que, em função da pequena quantidade do entorpecente, concediam a ordem.

Quanto ao porte de drogas para consumo por civil, previsto no art. 28 da lei 11.343/2006, o STF, enfrentou a questão no HC 102.940/ES no dia 15/02/2011. O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, respaldado na jurisprudência daquela corte, formulou seu voto no sentido de inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de porte ou tráfico de entorpecentes. Na ocasião, o Ministro Dias Toffoli pediu vista para melhor refletir sobre o tema. Retomado o julgamento, constatou-se a consumação da prescrição da pretensão punitiva, razão pela qual restou prejudicado o *writ*. Entretanto, analisando a certidão em que consta o debate entre os magistrados, O Ministro Dias Toffoli deu a entender que apresentava entendimento diverso sobre o tema. E tal suspeita veio a se confirmar em 14/02/2012, quando foi relator do HC 110.475/SC.

No caso, o paciente foi flagrado quando portava 0,6 gramas de maconha, tendo sido acusado e condenado pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/2006. O Relator entendeu que, embora o fato fosse materialmente típico, a quantidade encontrada não apresentava a menor relevância material, por absoluta incapacidade de produzir qualquer ameaça à saúde do próprio agente ou à incolumidade pública.

O STJ apresenta entendimento bastante Pacífico sobre o tema. Para ilustrar o entendimento geral daquela Corte de Justiça, colhe-se do voto do Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, no RHC 35920/DF:

Não se pode olvidar que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas restritivas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do artigo 28, de molde a possibilitar a sua recuperação.

Vale dizer, a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a própria saúde, além de evitar a reiteração do delito.

Nesse contexto, entendo que, em razão da política criminal adotada pela Lei n. 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de drogas apreendidas, como no caso dos autos (0,46 gramas de cocaína).

De mais a mais, registro que o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. (Julgado em 09/05/2014).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também apresenta um entendimento unânime sobre o tema, não admitindo a excludente de ilicitude sobre crimes de porte de drogas para

consumo próprio. Neste sentido: Apelação Criminal n. 2013.048453-6 (Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, julgado em 17/06/2014), Apelação Criminal n. 2013.076201-4 (Rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, julgado em 29/04/2014), Apelação Criminal n. 2013.082070-1 (Rel. Des. Rodrigo Colaço, Quarta Câmara Criminal, julgado em 20/02/2014), Apelação Criminal n. 2014.019920-7 (Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, julgado em 24/06/2014) e Apelação Criminal 2012.017615-5 (Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, julgado em 19/03/2013).

Quanto à Doutrina, também existem divergências. Nucci⁷², por exemplo, assim trata da questão:

Crime de bagatela: em tese, seria viável, neste contexto, a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade quando a quantidade da droga apreendida fosse mínima.

Entretanto, pela atual disposição legal, não nos soa mais razoável que assim se faça. O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de mínimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação de sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado.

Já Luiz Flávio Gomes afirma que a posse privada de droga para uso pessoal não afeta terceiros, razão pela qual não há de se falar em infração penal. Referido autor insiste que aquelas decisões que não aplicam a insignificância aos crimes de posse de drogas para uso pessoal são formalistas e ignoram completamente a atual visão constitucional e internacional do direito, demonstrando o quanto o Brasil está atrasado em matéria de política criminal voltada para as drogas⁷³.

1.3.6. Insignificância, o descaminho e o contrabando

A Lei 10.522/2002, em seu artigo 20, determinava o arquivamento das execuções fiscais quando os débitos inscritos como dívida ativa na União fossem iguais a R\$ 10.000,00 (dez mil). Com base neste dispositivo legal, a jurisprudência Brasileira firmou o entendimento de que falta justa causa para a ação penal por crime de descaminho quando a quantia

⁷² Nucci, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 335.

⁷³ Gomes, Luiz Flávio. Op. cit., p. 141.

sonegada não ultrapassasse o valor estabelecido em lei, aplicando o princípio da insignificância.

Esse valor foi alterado pela Portaria MF n. 75⁷⁴, de março de 2012, e MF n. 130⁷⁵, de 19 de abril de 2012, que alteraram o valor para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), passando a ser esta a quantia que orienta os Tribunais quanto à aplicação da excludente de tipicidade.

Entretanto, sempre pairou certa confusão quanto à sua aplicabilidade ao contrabando, pois o art. 334 do Código Penal previa conjuntamente os crimes de Contrabando e Descaminho. Existentes algumas divergências, mas os Tribunais, em absoluta maioria, aplicava tal entendimento somente ao crime de descaminho, uma vez que o crime de contrabando atenta não somente contra o erário, mas também a outros interesses públicos como a saúde e a atividade industrial interna.

Neste sentido, decidiu o Ministro Luis Roberto Barroso no HC 120.550/PR:

EMENTA: HABEAS CORPUS. IMPORTAÇÃO FRAUDULENTA DE CIGARROS. CONTRABANDO. 1. A importação clandestina de cigarros estrangeiros caracteriza crime de contrabando e não de descaminho. Precedentes. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a aplicação do princípio da insignificância ao delito de contrabando. 3. Habeas corpus denegado. (Julgado em 17/12/2013).

No ano de 2014, a questão ganhou um elemento elucidativo. A Lei 13.008/2014, publicada em junho, “separou” os crimes em dois tipos penais distintos. O crime de descaminho permaneceu no art. 344, enquanto o crime de contrabando foi alocado no novíssimo art. 334-A, ambos do Código Penal.

Assim, a alteração legislativa reflete a exatidão do entendimento jurisprudencial de que, mesmo à época estando num mesmo artigo, nele existiam dois crimes distintos e, por tal, não poderiam receber o mesmo tratamento no que diz respeito à aplicabilidade do princípio da insignificância.

1.3.7. Considerações finais sobre a insignificância e a jurisprudência brasileira

Existem outros inúmeros casos que despertam discussões sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância, entretanto, como o foco deste trabalho não é esmiuçar o princípio em si, mas a sua aplicabilidade aos atos infracionais (o que será feito detalhadamente no

⁷⁴ Disponível em:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm>

⁷⁵ Disponível em:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf130.htm>

último capítulo), analisou-se somente os mais polêmicos casos, onde se buscou mostrar que, apesar dos vetores fixados pelo STF, a questão ainda é deveras confusa.

Não se discute mais a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. O judiciário Brasileiro já assimilou o princípio como instrumento de efetivação do direito penal como *ultima ratio*, formando-se uma jurisprudência estável, mas sob justificativas incertas.

Percebe-se que, na grande maioria dos casos, os magistrados, ao analisar a possibilidade de aplicação da insignificância, acabam se guiando pelas circunstâncias do caso concreto, relevando a personalidade do agente, sua posição social, as razões do crime, o *iter criminis* e, principalmente, o valor do bem lesado.

São louváveis os esforços depreendidos pelos tribunais na tentativa de efetivar aqueles anseios de Justiça que emergem da sociedade, entretanto, a pluralidade de decisões dissonantes e a inexistência de um sólido entendimento sobre a temática acabam por criar certa insegurança jurídica, provocando uma invocação *ad hoc* do princípio da insignificância e uma jurisprudência que se justifica em si mesma.

2. O ADOLESCENTE E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

2.1. A Doutrina da Proteção Integral e a tutela normativa da criança e do adolescente

A Década de 1980 no Brasil nasceu em meio a uma ditadura militar que acenava para uma lenta abertura política, mas apresentava altos índices de endividamento, desanimadoras taxas de crescimento do Produto Interno Bruto, um pífio poder de compra dos salários, dentre outros indicadores que justificavam chamar a este período como a “década perdida”.

Entretanto, se sob o ponto de vista econômico o cenário observável não era dos mais otimistas, o mesmo não se pode dizer quanto ao ponto de vista sociopolítico. Com aquela abertura política no fim dos anos 1970 e início dos anos 1980, já se pressupunha um fim próximo à ditadura militar, mesmo que com prazo ainda incerto.

Ao longo da década de 1980 viu-se um fortalecimento dos movimentos sociais, que buscavam a redemocratização do país e a ampliação dos direitos sociais. A constatação do obsoleto quadro sociopolítico então reproduzido levou a sociedade a se impor ante o Estado que, por um lado era visto como inimigo, ao passo em que não atendia às demandas coletivas pelo fim das desigualdades sociais, e, ao mesmo tempo, como seu único interlocutor.

O povo percebe que precisa criar uma identidade coletiva e deixar aquele posto de massa amorfa para finalmente se tornar sujeito ativo no Estado como proponente de alternativas ao modelo então vigente.

Como bem apontam Veronese e Custódio⁷⁶:

Inaugura-se aí uma fase enriquecedora na qual a vitória estava anunciada, pois o enfrentamento entre a doutrina jurídica da situação irregular perdia adeptos na mesma proporção em que os valores da proteção integral ganhavam novos aliados. Finalmente, essa década conviveria com uma utopia mobilizadora para a construção de uma sociedade em que todos poderiam gozar de direitos humanos reconhecidos como fundamentais na nova Constituição que se elaborava. Estava traçada a oportunidade histórica para sepultar o menorismo no Brasil.

Este período em que os movimentos sociais assumiram um papel de protagonismo mostrou-se também solo fértil para o florescimento de novos ideais de resistência ao retrógrado “Direito do Menor” que assombrava nosso ordenamento jurídico. A transição da “Doutrina da Situação Irregular do Menor” para a “Doutrina da Proteção Integral” estabeleceu-se gradativamente a partir da consolidação dessas práticas e experiências ocorridas ao longo da década de 1980, com ênfase no processo de elaboração da Constituição,

⁷⁶ Veronese, Josiane Rose Petry; Custódio, André Viana. Direito da Criança e do Adolescente para concurso de Juiz do Trabalho. São Paulo: EDIPRO, 2012, p. 29.

que seria o elemento constitutivo das bases do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil⁷⁷.

Destarte, a formação do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil não se deu por atuação exclusiva de um grupo de acadêmicos, mas foi fruto da resistência oposta pela sociedade ao modelo opressor e inoperante que era perpetrado pelo Estado em desfavor das crianças e adolescentes, tendo sido esses ideais incorporados e cristalizados pelos juristas especializados.

Com a recepção da Doutrina da Proteção Integral operou-se a adoção de um novo marco referencial, partindo-se do pressuposto que todas as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos específicos e especiais, isso devido ao seu estado de incompletude e de pessoa em formação. Assim, tomou-se consciência que todos os direitos e necessidades da população infantoadolescente devem ser satisfeitos, não se tratando exclusivamente do aspecto infracional de atos praticados pelos jovens ou do aspecto penal de atos praticados contra ele, mas abrangendo também os seus direitos mais essenciais, tais como o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à convivência familiar e comunitária, dentre outros.

A Constituição Brasileira mostrou certo pioneirismo ao esposar a Doutrina da Proteção Integral, uma vez que o fez antes mesmo da oficialização de determinados diplomas internacionais de grande relevância ao tema, com especial destaque à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989⁷⁸. A matéria foi tratada pela Carta Magna com especial enfoque em seu artigo 227, que assim dispõe em seu *caput*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem⁷⁹, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁷⁷ Custódio, André Viana. Direito da Criança e do Adolescente. Criciúma: UNESC, 2009, p. 24.

⁷⁸ Liberati, Wilson Donizeti. Adolescente e ato Infracional: Medida socioeducativa é pena?. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33: “Em 20.11.1989, pela Resolução 44/25 (XLIV), a Assembleia-Geral das Nações Unidas aprovou, por unanimidade, a convenção sobre os Direitos da Criança. O Brasil adotou o texto em sua totalidade, pelo Decreto 99.710, de 21.9.1990, após ter sido ratificado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo 28, de 14.9.1990. Com isso, o texto convencional tornou-se norma cogente. [...]

Além de relembrar todo o arcabouço de direitos e garantias pessoais prescritos nas declarações e tratados anteriores, a Convenção inova no sentido de, além de completá-los, trazer consigo a natureza coercitiva de seus mandamentos e exigir de cada Estado-Membro uma posição definitiva, incluindo mecanismos de controle para a verificação do cumprimento de suas obrigações e obrigações”.

⁷⁹ Considerando a Emenda Constitucional n. 65/2010, que trata a juventude como uma nova e específica categoria constitucional, e a Lei 12.852/2013, que institui o Estatuto da Juventude e estabelece que “são considerados jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade”, no presente trabalho monográfico será utilizada a expressão “criança e adolescente” para referência às pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos de idade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente nasce da necessidade de regulamentar esse artigo da Constituição. Assim, não se trata de uma simples lei, mas de um diploma que reúne um conjunto de regras direcionadas à garantia dos direitos dessa parcela da sociedade composta por aqueles com idade inferior aos 18 anos. O Estatuto é fruto daquela mesma força motriz que impulsionou a confecção da Constituição de 1988, ou seja, nasce com o compromisso de corresponder ao anseio da sociedade e da comunidade jurídica especializada de ver emergir um instrumento eficaz para a proteção das crianças e dos adolescentes e para servir como ponto norteador nas políticas infanto-juvenis.

Por sua vez, a Proteção Integral teve inspiração em documentos internacionais anteriores à Constituição Federal, como a Declaração de Genebra, o Pacto de San José, as Regras de Beijing, dentre outros. Toda essa normativa internacional, além de servir como fonte de inspiração à confecção do Estatuto, ainda deve ser utilizada como fonte interpretativa, sendo, portanto, de grande valia àqueles que lidam com o Direito da Criança e do Adolescente, mesmo após o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei 8.069/1990 busca se consolidar como um novo paradigma, e essa preocupação se reflete na própria forma sobre a qual se consolidou, qual seja, a de Estatuto e não de Código. Isso se deu por uma preocupação em romper com aquele rigorismo que vigorava na ordem anterior e como uma forma de deixar bastante clara a ruptura operada, para tornar nítida a transição de um diploma repressor que legitimava o Estado a agir somente quando da verificação de uma “situação irregular” para um Estatuto que obriga o Estado, em cooperação com a família e a sociedade, a atuar positivamente para garantir os direitos da população infantoadolescente.

Na sessão de aprovação do projeto de lei do Estatuto, de 31 de maio de 1990, o Senador Gerson Camata (ES) assim explicou a mudança adotada:

Aqui consta o título de Código do Menor, mas as pessoas, os líderes, os prelados, os pastores, as assistentes sociais preferem a palavra ‘estatuto’ – não sou advogado, mas me parece que ‘código’, aqui, no Brasil, tem o sentido de coibir, de colocar proibições, de punir, e ‘estatuto’ representa mais os direitos da criança. Essas entidades, já começam a pedir que, em vez de código, se coloque a palavra ‘estatuto’ e se garantam amplos direitos, se apliquem recursos, para que essas crianças sejam, efetivamente, recuperadas, que elas possam ter educação, como as outras crianças têm, que possam não viver só da mendicância e não comecem a perder sua dignidade logo no início de sua infância, quando, atiradas à rua, são submetidas a todo tipo de vexame, quase tratadas como animais, certamente tratadas de maneira pior do que os animais domésticos da classe média e da classe média-alta brasileira.

Essa mesma preocupação deve nortear os operadores do direito no uso da linguagem em seu dia a dia. O novo direito da criança e do adolescente apresentou uma mudança terminológica em relação aos diplomas anteriores, não por mero academicismo exacerbado ou

estilo literário, mas para eliminar toda e qualquer conotação negativa e estigmatizante que porventura venha a permear a linguagem jurídica. Um exemplo disso é a expressão “menor”, que é utilizada com um caráter eminentemente depreciativo e pejorativo, e destinada aos jovens de classes pobres. Infelizmente essa linguagem ainda é de amplo uso pela mídia sensacionalista e acaba se infiltrando no senso comum da população, que ainda reproduz aqueles quadros discriminatórios que são tão combatidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como bem afirma Fonseca:

O direito da Criança e do adolescente propôs-se a mudar até a terminologia que reinava no antigo direito do menor: “crianças e adolescente” substituem as palavras “menor” e “menores”; “ato infracional” ou “infração” substituem os termos crime ou contravenção; “menor delinquente” deve ser evitado, utilizando-se “autor de ato infracional”; “auto de apreensão” substitui o estigmatizante “auto de prisão em flagrante”, “menor abandonado” é “criança ou adolescente em situação de risco”. Embora isso pouco modifique a situação fática, tais expressões desestimulam o preconceito que as expressões anteriores traziam, incentivando-nos a “um olhar mais humano” a um estudo científico sobre a infância e a juventude. No policiamento de nossas palavras, lembraremos o seu sentido evitando que as crianças e adolescentes sintam-se discriminadas. Na prática, porém, ainda constatamos algumas manifestações judiciais que se utilizam daquela terminologia antiga, estigmatizante, seja porque indevida, seja porque próprias do direito penal ou do antigo código do menor. Mas isso nem chega a ser preocupante, pois o próprio Código Civil de 2002, no art. 1.734, utilizava a expressão “menores abandonados”, o que apenas recentemente foi “acertado” pela Lei n. 12.010/09 (art. 4º) ⁸⁰.

Como acima visto, essa alteração linguística afeta não só o termo “menor”, mas diversos outros termos técnicos que devem ser observados pelos juristas, sob pena de implicar em uma transmissão errônea de conceitos e de prejuízos à interpretação.

O Estatuto pode ser definido como um microssistema aberto de regras e princípios, pois procura tratar de todos aqueles temas afetos à infância e juventude em um só diploma, o qual repousa sobre a Doutrina da Proteção Integral e seus princípios correlatos, tais como o da prioridade absoluta e do melhor interesse.

Essas normas contidas dentro desse microssistema são de ordem pública, isso é, não podem ser afastadas por outras normas que venham a dispor em sentido contrário e nem por qualquer ato da Administração Pública. Os direitos das crianças e dos adolescentes são indisponíveis. E quando falamos em indisponibilidade, estamos nos referindo tanto aos direitos fundamentais quanto aos direitos patrimoniais, tanto que nem mesmo os pais poderão dispor dos bens de seus filhos menores de 18 anos sem a autorização do magistrado, que, por

⁸⁰ Fonseca, Antonio Cezar Lima da. Direitos da Criança e do adolescente. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

sua vez, também está vinculado às normas estatutárias, devendo aplicá-las de ofício e em qualquer grau de jurisdição.

Como o direito da criança e do adolescente é de caráter público, acaba coobrigando o Ministério Público também, que deve atuar em sua defesa. A atuação do Órgão Ministerial não se dá na modalidade de substituto processual, pois possui legitimação autônoma para atuar no processo como parte, vez que a própria Constituição prevê que o Ministério Público é o encarregado de zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis. Importante observar que a legitimação do Promotor de Justiça para atuar não afasta a de terceiros, pois como é norma de ordem pública, sua titularidade também extrapola o individual para atingir a sociedade, que também é legitimada para exigir a atuação estatal no sentido de garantir a efetivação dos direitos da população infantoadolescente.

A criança e o adolescente, pela primeira vez, assumem uma posição jurídica de titulares de direitos, exigindo uma atuação do Estado para que promova a satisfação das suas necessidades mais básicas e garanta os direitos enunciados pela Carta Constitucional. Essa defesa dos direitos da criança e do adolescente se dá tanto no plano material como no normativo. A proteção material implica no fornecimento estatal dos elementos necessários para que os infantes possam ter uma vida saudável e um desenvolvimento pleno. Para tal, deve haver uma disponibilização efetiva por parte do Estado daqueles serviços cujo monopólio lhe pertence, tal como a segurança pública e a previdência social.

Como bem destaca Veronese, o surgimento de direitos sociais transformou o próprio papel do Estado, que passa a ter uma o dever de uma ação positiva, com o fim de assegurar e, efetivamente, levar a termo os direitos nascidos na sociedade⁸¹.

Já a defesa normativa exige uma atuação estatal no sentido de produzir normas aptas e promover a tutela dos interesses individuais e coletivos das crianças e adolescentes, utilizando-se de todos os instrumentos de direito material e processual naquilo que se adequarem à situação da comunidade infantoadolescente⁸².

Isso se deve porque o Estatuto não esgotou toda a matéria sobre o tema. Ainda existem diversas normas legais que vão tratar dessa matéria protetiva. Entre esses, podemos citar o Código Civil, o Código Penal, a Consolidação das Leis do Trabalho, O Código de Defesa do Consumidor, dentre outros. Caso esses diplomas venham a colidir com alguma norma ou

⁸¹ Veronese, Josiane Rose Petry. Interesses difusos e direito da criança e do adolescente. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 55.

⁸² Veronese, Josiane Rose Petry; Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 124.

princípio consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, este último deverá prevalecer. A essas normas que tratam da disciplina protetiva da população infantoadolescente e não estão compreendidas dentro do Estatuto, podemos chamar de *atópicas*.

Colhe-se da doutrina de Paulo Afonso Garrido de Paula⁸³:

O Direito da Criança e do Adolescente, reiterando, tem por objeto a disciplina das relações jurídicas, formas qualificadas de relações interpessoais reguladas pelo Direito, entre crianças e adolescentes, de um lado, e de outro, família, sociedade e Estado. O conjunto dessas relações integra o objeto formal do Direito da Criança e do Adolescente, pouco importando a sede desses dispositivos: Constituição Federal, tratados, convenções e outros documentos internacionais, legislação infraconstitucional, especial ou comum, abrangendo inclusive as normas atópicas.

Deste modo, não tendo o Estatuto abarcado toda a matéria referente às relações envolvendo crianças e adolescente, exige-se uma atuação estatal no sentido de produzir normas que reforcem e/ou garantam a efetividade dos princípios consagrados na Doutrina da Proteção Integral, no Estatuto, na Constituição, e nas convenções internacionais.

Em matérias afetas ao direito da criança e do adolescente, a competência para do Estado para legislar é concorrente, isso é, mais de um ente político pode legislar sobre a matéria. Sobre o tema, colhe-se da ensinância de Dallari⁸⁴:

No art. 24 está prevista a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre “proteção da Infância e juventude” (inc. XIV). Esse dispositivo não se refere aos cuidados e à proteção da infância e da juventude, mas apenas à legislação, sendo oportuno esclarecer que não ficou excluída a possibilidade de leis municipais sobre a matéria, pois a própria Constituição, no art. 30, estabelece que compete aos Municípios complementar a legislação federal e estadual.

Ou seja, os Estados podem legislar sobre direito da criança e do adolescente, desde que observadas aquelas normas gerais fixadas pela União. Em relação aos municípios, a sua competência é complementar, por força do art. 30, inciso II da Constituição⁸⁵, incumbindo a ele regulamentar as leis federais e estaduais sempre que o interesse local ficar evidenciado. Assim, cumpre a ele atuar em ajuste da execução das leis federais e estaduais conforme as peculiaridades locais, uma vez que incumbe ao ente municipal criar instrumentos que

⁸³ De Paula, Paulo Afonso Garrido. Tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

⁸⁴ Dallari, Dalmo de Abreu. In Cury, Munir; Amaral, Antonio Fernando do; Mendes, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42.

⁸⁵ Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber;

viabilizem o atendimento da população infantoadolescente e instituir o sistema municipal de atendimento⁸⁶.

Esse modelo de competência concorrente/suplementar foi instituída pois as necessidades da população infantoadolescente não são as mesmas em todas as regiões do país, demandando, portanto, tratamento diferenciado conforme as peculiaridades de cada localidade. O Estado e o Município, tendo uma relação de proximidade maior com a realidade vivenciada pela população, estão em melhores condições de detectar as necessidades mais latentes e então legislar conforme o demandado em cada caso. Por tal razão é que se fala na municipalização das providências relativas à criança e ao adolescente.

Entretanto, há de se observar que a atividade legislativa do Estado e do Município pode se dar somente no sentido de garantir direitos, otimizar e viabilizar o atendimento da população infanto-adolescente, dentro daquelas diretrizes gerais fixadas pela União, não podendo criar restrições às crianças e aos adolescentes que confrontem o texto Constitucional e Estatutário.

Conforme o art. 22, inciso I, da Constituição⁸⁷, somente a União pode legislar sobre Direito Penal. Como o ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal, os Estados e Municípios não podem criar novos tipos infracionais. Contudo, esses entes podem criar infrações administrativas por meio de regular processo legislativo e sendo respeitados os ditames impostos pela legislação federal.

Neste sentido, Fonseca ensina:

[...] o Estado e o município podem legislar sobre a infância e juventude desde que respeitem as normas federais e estaduais sobre o assunto. Eventual regra que ultrapasse ou contrarie esses limites será inconstitucional. No mais, todos – união, Estados e Municípios – podem ser réus na via da ação civil pública, porque solidários na defesa de crianças e adolescentes. Em eventual ação civil pública pode formar-se um litisconsórcio, que não é necessário, sendo incabível a denúncia da lide ou nomeação à autoria em face da solidariedade que existe entre os entes estatais⁸⁸.

⁸⁶ Veronese, Josiane Rose Petry. Interesses difusos e direito da criança e do adolescente. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 96: Convém observar que praticamente toda a gama de atividades citadas no art. 208 do Estatuto são da competência municipal, com a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União, para casos específicos, conforme o que prescreveu o art. 30 e incisos V, VI, VII, da CF/88.

[...]

Esta matéria leva a uma série de discussões relativas à capacidade técnico-financeira da grande parte dos Municípios brasileiros, que sofrem, além dos problemas de ordem econômico-financeira, com a incapacidade administrativa dos chefes do Executivo, que, enquanto candidatos, assumem uma política assistencialista com fins eleitoreiros e, uma vez no poder, nada ou pouco fazem, efetivamente, em favor do município que administram.

⁸⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...].

⁸⁸ Fonseca, Antonio Cezar Lima da. Direitos da Criança e do adolescente. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

Por força do mesmo art. 22, inciso I, somente a União pode legislar sobre Direito Civil, ou seja, os legisladores Estaduais e Municipais não podem dispor sobre questões como adoção, poder familiar, guarda, entre outros temas correlatos.

Ao ler o artigo 227 da Constituição percebe-se que não há uma delimitação do titular desses direitos, de modo que são eles pertencentes a toda a população infantoadolescente, o que inclui as crianças estrangeiras, independente de residentes aqui ou não. Entretanto, a lei somente pode atuar em relação a esses jovens estrangeiros não residentes no Brasil no sentido de ampliar suas garantias, não podendo restringir-lhes direitos.

As crianças e adolescente indígenas também são titulares desses direitos fundamentais. Sobre esse ponto, colhe-se da ensinança de Veronese e Vieira:

A criança e o adolescente indígenas são igualmente titulares de direitos fundamentais, uma vez que os direitos sociais alcançam a universalidade da população infantoadolescente, sem nenhuma distinção. Nesse sentido é a orientação da Resolução nº 91, de 23 de junho de 2003, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, ao estabelecer no art. 1º que se aplicam à família, à comunidade, à sociedade e, especialmente à criança e ao adolescente indígenas, as disposições constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente, observadas as peculiaridades socioculturais das comunidades indígenas⁸⁹.

Ou seja, todas as crianças e adolescentes desfrutam dos mesmos direitos e das mesmas obrigações, respeitando-se o seu grau de desenvolvimento e idade, de modo que é vedado qualquer tratamento distinto que tome por base sua situação financeira ou social. Como bem afirma Saraiva⁹⁰, com a nova ordem estabelecida tornam-se inadmissíveis manchetes de jornal do tipo “menor assalta adolescente”, de manifesto caráter discriminatório, onde o “adolescente” era o filho “bem-nascido”, e o “menor” o infrator. Tal tipo de noticiário constitui legítimo produto de uma cultura excludente que norteava o anterior sistema, que distinguia “crianças e adolescente” de “menores”. Referido autor prossegue⁹¹:

A ideologia que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e todos os adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmo direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente com a ideia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres, posto que, analisada a doutrina da situação irregular, contatava-se que para os bem-nascidos, a legislação baseada naquele primado era absolutamente indiferente.

Infelizmente, 25 anos após a confecção do Estatuto da Criança e do Adolescente, tal tratamento discriminatório ainda sobrevive em nossa sociedade e a mídia ainda difunde

⁸⁹Veronese, Josiane Rose Petry; Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 125.

⁹⁰Saraiva, João Batista da Costa. Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19.

⁹¹Idem.

notícias, tendenciosamente selecionadas, que fazem grassar ante os telespectadores a ideia de que o “menor” é o responsável pela proliferação da criminalidade.

Outra questão referente à titularidade dos direitos garantidos pela Doutrina da Proteção Integral que cumpre abordar é aquela atinente à emancipação. A emancipação é a aquisição de plena capacidade civil por antecipação da idade legal e está prevista no art. 5º do Código Civil de 2002:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A emancipação pode ser voluntária (art. 5º, parágrafo único, inciso I, primeira parte), judicial (art. 5º, parágrafo único, inciso I, *in fine*) ou legal (art. 5º, parágrafo único, incisos II ao V).

Em um primeiro momento poderia se imaginar que com a emancipação a legislação estatutária não mais se aplicaria ao sujeito emancipado. Entretanto, admitir tal ideia seria advogar pela possibilidade de o adolescente renunciar à proteção integral garantida pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. As disposições e garantias insculpidas no Estatuto são aplicáveis a todos os jovens até que completem a idade de 18 anos (excepcionalmente, até os 21 anos⁹²), sendo elas inafastáveis e irrenunciáveis.

Semelhante entendimento se aplica quanto à imputabilidade penal e à aplicação de medidas socioeducativas. Quando da elaboração do Estatuto, o legislador utilizou o critério cronológico, e não o da capacidade civil, de modo que, para incidência de medida

⁹² Conforme o art. 2º, parágrafo único, do ECA, aplica-se o Estatuto excepcionalmente às pessoas entre 18 e 21 anos. Essa aplicação excepcional se dá em casos em que o ato infracional foi praticado às vésperas de o adolescente completar 18 anos, quando adquire a maioridade penal. O legislador preocupou-se em não deixar esse fato imune a uma resposta estatutária, assim como mostrou preocupação com o jovem que, mesmo já tendo completado 18 anos, ainda se apresenta em estágio de formação da sua personalidade. Por esta razão é que deve incidir uma medida socioeducativa, visando os seus fins pedagógicos e a prevenção de futuras práticas contrárias à lei.

Escolheu-se a idade de 21 anos por uma razão simples: o período máximo para internação é de 3 anos (art. 121, § 3º, ECA). Somando-se tal prazo ao marco inicial da maioridade penal, 18 anos, chega-se à idade de 21 anos. Por muito tempo se discutiu se o novo Código Civil, que alterou a maioridade civil de 21 para 18 anos, teria revogado as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente que determinam essa atuação excepcional, de modo que a liberação compulsória deveria ocorrer aos 18 anos. Entretanto, já se pacificou o entendimento de que, ao estabelecer a idade de 21 anos para a liberação compulsória, o Estatuto não se utilizou do critério da maioridade, mas da maturidade, e também em consideração àquele prazo máximo de 3 anos de internação.

socioeducativa, pouco importa se o adolescente pode adquirir direitos ou contrair obrigações. Cumpre ressaltar que a emancipação somente repercute efeitos na esfera civil, de modo que impossível a antecipação da maioridade penal. Neste sentido, colhe-se da doutrina:

A doutrina penal, em harmonia com a civilista, ensina que, mesmo tendo o menor de 18 anos obtido emancipação por uma das modalidades previstas no Código Civil, não passa à maioridade penal por antecipação, permanecendo, portanto, na condição de inimputável⁹³.

Assim, caso a emancipação afastasse a responsabilização estatutária, o adolescente emancipado poderia praticar atos infracionais sem receber qualquer resposta legal, uma vez que não seria alcançado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser emancipado, e nem pelo Código Penal, por ainda ser inimputável.

Então mesmo com a emancipação o Código Civil deverá atuar conjuntamente com Estatuto da Criança e do Adolescente, que continuará sendo aplicado ao adolescente emancipado, e este ainda será titular de todas aquelas garantias e direitos que a Doutrina da Proteção Integral preconiza, bem como estará sujeito à responsabilização estatutária por eventual ato infracional que venha a praticar.

Em suma, a Constituição visou derrubar qualquer barreira quanto à titularidade desses direitos consagrados no ordenamento pátrio, devendo se aplicar de forma igualitária entre todas as crianças e adolescente, independente de raça, cor, sexo, credo, origem, posição social ou mesmo antecipação da maioridade civil.

Já quanto aos titulares do *dever* de garantir a defesa dos direitos da criança e do adolescente, o Estatuto, em seu artigo 4º, consagrou o princípio da cooperação e da solidariedade, isso porque cria uma obrigação solidária entre o Estado, a família e a sociedade na defesa, manutenção e ampliação dos direitos fundamentais da população infantoadolescente.

Apesar de ser um dever solidário, o principal responsável por essa tutela é o Estado, não obstante alguns governantes costumem atribuir tal dever à família. Essa posição se justifica principalmente porque o Estado, dentre os coobrigados, é o que dispõe de maior repertório de recursos e instrumentos para efetivação da normativa estatutária. Essa atuação do ente estatal muitas vezes é pressuposto necessário para que a família e a sociedade possam atuar na defesa dos jovens. E, ainda, muitas vezes a família, pelas condições sociais e pela insuficiência de recursos e informações, tem grande dificuldade em exercer a tutela da criança e do adolescente e de ter acesso ao judiciário.

⁹³ Tavares, José de Farias. Direito da Infância e da Juventude. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 166.

Entretanto, a família também tem um papel de protagonismo na formação física, psicológica e moral do adolescente. Este é o primeiro grupo social onde a criança convive, é o local onde ela forma seus primeiros hábitos e lança as bases do seu caráter. Dentre todos os entes responsáveis pela defesa da criança e do adolescente, é o grupo familiar que possui maior proximidade com ele e, portanto, o primeiro a ter contato com suas necessidades e a tomar conhecimento de eventual agressão. Como bem afirma Martins, vários dos problemas comportamentais de crianças e adolescentes têm origem em problemas familiares. Em geral, quando a criança ou o adolescente age de forma agressiva é para chamar a atenção, indicando a falta de afeto, ou mesmo é sintoma de agressões sofridas dentro do próprio núcleo familiar⁹⁴.

Quando a família descumpre algum dos seus deveres ante o adolescente ou se omite, os efeitos de tal transgressão tendem a tomar proporções que vão além do grupo familiar, afetando diretamente o adolescente e indiretamente a sociedade.

Quanto à sociedade e à comunidade, há de se ressaltar que quando agem em defesa dos direitos da criança e do adolescente, estão agindo também em defesa de seu próprio interesse. Isso ocorre porque, como dito acima, as agressões perpetradas contra a população infantoadolescente tendem a afetar a sociedade de forma reflexa.

Como afirma Dallari⁹⁵:

É a comunidade quem recebe os benefícios imediatos do bom tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes, sendo também imediatamente prejudicada quando, por alguma razão que ela pode mais facilmente identificar, alguma criança ou algum adolescente adota comportamento prejudicial à boa convivência.

As ações que visam atingir os fins sociais e pedagógicos insculpidos na Constituição e no Estatuto podem se dar pela modalidade remediativa ou preventiva. A primeira é fundamentalmente reeducativa, ou seja, já houve a violação de um direito, um mal já foi produzido, e agora se visa à restauração de um estado anterior de normalidade ou, ainda, a constatação de um problema ligado ao processo de ensino-aprendizagem para então remediá-lo via técnicas psicopedagógicas.

A ação preventiva é aquela que favorece o processo de ensino-aprendizagem, constatando o vício e atuando sobre ele antes mesmo deste se manifestar negativamente. Sem sombra de dúvida, esse é o método mais eficaz de se atuar junto às crianças e adolescentes e também o que enseja uma atuação mais global, isso é, envolve a criança e o adolescente, a

⁹⁴ Martins, José do Prado. *Princípios e métodos da orientação educacional*. São Paulo: Atlas, 1984, p. 115.

⁹⁵ Dallari, Dalmo de Abreu. In Cury, Munir; Amaral, Antonio Fernando do; Mendes, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 41.

família, a sociedade e o Estado. Por isso é tão importante uma atuação conjunta e consciente entre esses entes, pois a atuação preventiva acaba liquidando boa parte daqueles problemas que posteriormente ensejariam uma resposta da comunidade e do Estado via atuação remediativa, gerando assim melhores resultados à sociedade, que deixará de sofrer com o dano que antecedeu a atividade reeducativa, e, claro, à criança e ao adolescente que tem a sua formação física, psicológica e moral protegida e estimulada.

O surgimento de uma legislação especializada e apta a tratar dos direitos da criança e do adolescente foi de grande importância para superar aquele paradigma menorista que por tanto tempo grassou em terras pátrias. Contudo, não obstante os esforços depreendidos e os avanços já conquistados, uma perfunctória análise social mostra-se suficiente para constatar que os valores consagrados pela Doutrina da Proteção não vem sendo efetivados de forma satisfatória.

Uma declaração de direitos, para produzir todos os efeitos almejados depende de ferramentas adequadas à sua cristalização, caso contrário irá se resumir a uma mera produção de “letras mortas”. Colhe-se da valiosa lição de Veronese e Silveira⁹⁶ que “a simples existência de leis que proclamem direitos sociais, por si só, não consegue mudar as estruturas”. E prosseguem afirmando que “antes há que se conjugar aos direitos uma política social eficaz, que de fato assegure materialmente os direitos já positivados”⁹⁷.

Após a promulgação da Constituição de 1988, o judiciário deixou de ser um árbitro de questões privadas para se consolidar como um instrumento de expansão da cidadania, sendo demandado diariamente para decidir questões de caráter transindividual⁹⁸.

Com vistas à defesa dos direitos individuais, difusos e coletivos das crianças e adolescentes, o acervo legislativo apresenta alguns instrumentos processuais aptos a tal função.

O primeiro instrumento de defesa da coletividade foi a ação popular, regulada pela lei n. 4.717/1965. Já na década de 80, a Lei 7.347/1985 veio a disciplinar a ação civil pública por danos causados a qualquer direito difuso ou coletivo. Segundo o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição, qualquer cidadão é parte legítima para propô-la, visando à anulação de ato lesivo ao patrimônio público.

O Estatuto privilegiou o ente ministerial, destinando-lhe um rol de atribuições na defesa da criança e do adolescente em seu artigo 201. No inciso V deste artigo consta a

⁹⁶ Veronese, Josiane Rose Petry; Silveira, Mayra. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 27.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 29.

previsão de que, na sua atuação protetiva, o Ministério Público promoverá o inquérito civil e a ação civil pública.

Ainda, em seu artigo 233, *caput*, o Estatuto prevê o seguinte;

Art. 223. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa, organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

O inquérito civil é um procedimento de natureza administrativa destinado a apurar eventuais agressões aos direitos da população infantoadolescente e efetuar a colheita de elementos aptos a fornecer substrato probatório a uma futura ação civil pública. Uma de suas características é a dispensabilidade, ou seja, se o *parquet* já contar com elementos suficientes para amparar a ação civil pública, pode dispensar o inquérito civil. Ainda, tal procedimento dispensa a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, havendo uma concentração de todos os atos em um único órgão. Eventuais vícios no inquérito civil não tem o condão de acarretar em nulidade na ação civil pública. O que pode ocorrer é a nulidade do próprio ato.

Ao fim do inquérito civil, o membro do Ministério Público, a depender do seu convencimento acerca de todo o averiguado, poderá interpor uma ação civil pública, propor e firmar um termo de ajustamento de conduta (TAC), ou então arquivar o feito, caso esteja certo da inexistência de qualquer irregularidade que venha a ensejar a atuação do Ministério Público.

Contudo, como dito acima, o Ministério Público tem um papel destacado na defesa dos interesses coletivos e difusos da criança e do adolescente, mas não exclusivo. O Art. 201, § 1º, do Estatuto é enfático ao dispor que a legitimação do Órgão Ministerial para as ações cíveis não impede a de terceiros

Ainda, no que diz respeito à legitimidade para a propositura de ações cíveis, o art. 210 assim diz:

Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.

§ 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

§ 2º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa.

Portanto, a legitimidade aqui tratada é concorrente, podendo, por exemplo, uma ação civil pública ser proposta isoladamente ou em consórcio pelos entes legitimados nos incisos I, II e III do artigo supratranscrito.

O parágrafo primeiro fala do litisconsórcio entre os Ministérios Públicos Federal e Estadual. Esse dispositivo encontra supedâneo nos princípios institucionais do *parquet* da indivisibilidade e da unidade. Essa distribuição de funções e tarefas, seja por razão territorial ou da matéria, é questão meramente administrativa, de modo que são infundadas quaisquer digressões sobre a constitucionalidade ou regularidade de tal dispositivo.

O art. 211 do Estatuto ainda prevê que os mesmo titulares da ação civil pública, antes de seu ajuizamento, poderão elaborar um termo de compromisso, em que a outra parte assume a responsabilidade de regularizar as suas atividades. O dispositivo assim versa:

Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O termo de ajustamento de conduta nada mais é que um acordo extrajudicial. Nesse compromisso preserva-se a discricionariedade do autor, ou seja, não existe nenhuma obrigatoriedade de que esse compromisso seja proposto antes do ajuizamento da ação civil pública. Ainda, não se faz necessária a presença de testemunhas ou mesmo de homologação judicial.

Conforme Veronese e Silva, para a feitura do termo também é dispensada a presença do Ministério Público, eis que basta o fato que tal ajuste adquira o *status* de título executivo extrajudicial⁹⁹.

Após firmado o compromisso entre as partes, esse termo adquire força de título extrajudicial. Assim, em caso de descumprimento das cláusulas nele ajustadas, fica condicionado ao pagamento de multa pelo não atendimento do que fora acordado anteriormente. O valor da multa será revertido ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município (art. 214, ECA). A execução desse título extrajudicial deverá ser realizada no Juízo da Infância e da Juventude, na forma do artigo 213.

Deve-se ter em mente que o proponente do termo de ajustamento de conduta não poderá negociar direitos indisponíveis da criança e do adolescente e nem poderá nele convencionar com o compromissário acordo distinto daquele que seria auferido por meio da tutela específica do direito materialmente ameaçado ou lesionado¹⁰⁰.

⁹⁹ Veronese, Josiane Rose Petry; Silva, Moacyr Motta da. A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr, 1998, p. 148.

¹⁰⁰ Santa Catarina. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. Manual do Promotor de Justiça da infância e Juventude/Coordenação-Geral do Promotor de Justiça Marcelo Gomes Silva;

São inegáveis os benefícios da celebração de um termo de ajustamento de conduta como medida pré-judicial, uma vez que, na grande maioria das vezes, a situação irregular que implica na violação de direitos da população infantoadolescente requer uma cessação mais breve possível. Infelizmente, vivenciamos uma sobrecarga do judiciário, o que por vezes impede uma resposta mais ágil do magistrado. A demora na interrupção da atividade lesiva implica em novos prejuízos às crianças e adolescentes, podendo até mesmo causar danos irreparáveis. Neste sentido, o termo de ajustamento de conduta assume grande importância devido à sua celeridade e seriedade.

Neste sentido, colhe-se da pena de Veronese e Silva:

Não resta dúvida que a sua inclusão no Estatuto da Criança e do Adolescente implica uma opção extremamente racional: eis que possibilita a resolução de problemas sem maiores procrastinações, sabendo que, no mais das vezes, são casos/situações que exigem uma resposta célere e, não havendo tal resposta imediata, pode resultar na total impossibilidade de reparação. Além do que se constitui em uma forma de evita-se a demanda de ações civis e, portanto, estamos diante de um procedimento preventivo, no sentido de evitar o ajuizamento de mais uma ação no já tão saturado Poder Judiciário¹⁰¹.

O Estatuto ainda permite a utilização dos remédios constitucionais para a proteção dos direitos dos direitos das crianças e adolescentes, sendo eles: o mandado de segurança, *habeas corpus* e o *habeas data*.

Segundo Aury Lopes Jr., o *habeas corpus* é uma instituição própria do Direito anglo-saxão, mas suas raízes remontam ao Direito histórico espanhol, que conta com um antecedente remoto denominado *recurso de manifestación de personas*, procedimento que já existia na Coroa de Aragão, durante o período de 1428 a 1592¹⁰².

Entretanto, tal instrumento se extinguiu em 1592 e nunca mais regressou ao ordenamento espanhol. Por essa ausência de unidade temporal é que parte da doutrina sustenta que a verdadeira consagração do *habeas corpus* se deu no Direito anglo-saxão, com o *Habeas Corpus Act* de 1679¹⁰³.

No Brasil ele já era previsto no Código de Processo Criminal de 1832. Constatou também em todas as Cartas Magnas a partir da Constituição Republicana de 1891.

O *Habeas Corpus* é uma ação que visa combater qualquer ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção. Está previsto na Constituição, em seu artigo 5º, inciso LXVIII. Também está previsto no Código de Processo Penal, em seu livro III, que trata das nulidades e dos recursos em geral. Entretanto, não obstante a sua localização dentro do CPP,

elaboração técnica de Mayra Silveira; supervisão da Subprocuradoria-Geral de Justiça- Florianópolis: Coordenadoria de Comunicação Social, 2008, p. 156.

¹⁰¹ Veronese, Josiane Rose Petry; Silva, Moacyr Motta da. *Op. cit.*, p. 148.

¹⁰² Lopes Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1334.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 1335.

não se trata de recurso, mas sim, como afirma Aury Lopes Jr., uma ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental e com *status* constitucional¹⁰⁴.

Quando destinado a atacar um constrangimento ilegal já praticado, denomina-se *habeas corpus* liberatório. Quando é destinado a coibir uma ilegalidade em uma situação de iminência ou ameaça à liberdade, denomina-se *habeas corpus* preventivo¹⁰⁵.

O remédio constitucional *sub examine* é gratuito, dispensa a capacidade postulatória do seu impetrante e prescinde de qualquer formalidade, de modo que pode ser impetrado por qualquer cidadão. Por tal, na prática forense é bastante comum vermos *habeas corpus* manuscritos pelos próprios indivíduos que tiveram sua liberdade privada ou ameaçada¹⁰⁶.

No Direito da Criança e do Adolescente, a impetração do *writ*, ao contrário do que se pode imaginar, não está adstrita aos casos referentes a atos infracionais, podendo ser utilizado para inúmeras outras situações em que a liberdade de ir e vir da criança e do adolescente tenha sofrido algum constrangimento ilegal.

Para ilustrar, cita-se o seguinte julgado do STJ:

HABEAS CORPUS. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C COM ADOÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. CADASTRO DE ADOTANTES. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA.

1.- Não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes.

2.- A observância do cadastro de adotantes, não é absoluta. A regra legal deve ser excepcionada em prol do princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção ao menor. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, como no presente caso.

3.- Ordem concedida (STJ, Habeas Corpus n. 294.729-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 7-8-2014).

No que diz respeito ao mandado de injunção, esse instituto também remonta ao Direito anglo-saxão e está previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição, nos seguintes termos:

Art. 5º [...]

LXXI – concede-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Esse remédio Constitucional pode ser proposto por qualquer cidadão, desde que tenha o exercício de algum direito obstaculizado em razão da falta de norma que o regulamente. Ressalta-se que o Mandado de Injunção não se destina a criar ou ampliar direitos, mas tão somente a regulamentar um direito subjetivo pré-existente.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 1338.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 1342.

¹⁰⁶ A título de exemplificação: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Preso-envia-habeas-corpus-ao-STJ-escrito-em-papel-higi%C3%AAnico

Num primeiro momento, o *writ of injunction* passou a impressão de ser um instrumento de grande valia para sanar omissões legislativas, principalmente após 1988, quando houve uma ampliação de diversos direitos. Contudo, a prática mostrou-se totalmente diversa daquela expectativa que existia quando da sua inserção na Constituição. Neste sentido, assim se manifesta Mazzalli¹⁰⁷:

Quanto ao mandado de injunção (art. 201, IX, do ECA, e art. 5º. LXXI, da CF), sua utilidade ficou inteiramente desmerecida, à vista do excessivamente tímido posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que se contentou em afirmar que, ao dar pela procedência da injunção, apenas cientificaria o Poder Legislativo de sua omissão, para que adote as providências necessárias. Ora, a causa de pedir da injunção era justamente a omissão já preexistente...

Em relação ao Mandado de Segurança, este é um instrumento jurídico de origem brasileira, presente em nosso ordenamento jurídico já na Constituição de 1934. Atualmente está previsto no art. 5º, inciso LXIX, da Carta Magna:

Art. 5º [...]

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Posteriormente recebeu regulamentação pela Lei n. 12.016/2009, que, em seu artigo 1º, assim prevê os casos de concessão da medida:

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Da redação do artigo supracitado, mais detalhada do que aquela prevista na Constituição, vê-se que o Mandado de Segurança é admitido também na modalidade preventiva, nos casos em que não ocorreu nenhum abuso, mas há justo receio de sofrê-lo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente previu a figura da Ação Mandamental em seu artigo 212, § 2º, nos seguintes termos:

Art. 212. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

[...]

§2º. Contra os atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas do mandado de segurança.

Esse dispositivo não traz grandes inovações em relação ao art. 5º, inciso LXIX, da Constituição, razão pela qual a ação prevista no Estatuto assemelha-se em tudo ao Mandado de Segurança prevista na Carta Magna.

¹⁰⁷ Mazzilli, Hugo Nigro. In Cury, Munir; Amaral, Antonio Fernando do; Mendes, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 956.

O Mandado de Segurança é uma ação autônoma de impugnação com *status* constitucional que visa obter uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado¹⁰⁸. Ressalta-se não se trata de um recurso, embora possa ser utilizada contra atos judiciais, ocasião em que adquire contornos funcionais de recurso.

O seu campo de aplicação é determinado por exclusão, ou seja, só será cabível caso o ato ilegal do poder público ou seus agentes não seja sanável via *Habeas Corpus* e *Habeas Data*¹⁰⁹. Ainda, por força do art. 5º da Lei 12.016/2009, não será concedido Mandado de Segurança contra ato administrativo de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, pois nesse caso existe um meio próprio de impugnação do ato¹¹⁰. Também não é admitido contra ato judicial do qual caiba recurso com efeito suspensivo e nem contra decisão judicial transitada em julgado.

Na prática forense é bastante comum o uso do mandado de segurança para buscar a concessão de efeito suspensivo a recurso que não o possui.

Por ser uma ação de natureza civil, o sistema recursal aplicável é aquele previsto no Código de Processo Civil. Admite-se ainda a interposição de novo Mandado de Segurança quando houver alguma alteração na situação fática¹¹¹.

Cumprir observar que a sua impetração em defesa de direito coletivo não implica na configuração do Mandado de Segurança Coletivo. Neste sentido, colhe-se da ensinância de Mazzilli¹¹²:

[...] mesmo que impetre mandado de segurança para defesa de interesses sociais indisponíveis, afetas à criança ou ao adolescente, não estará o Ministério Público ajuizando *mandado de segurança coletivo*, pois este, por expressa disposição constitucional, deve ser ajuizado por partido político com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, inc. LXX, da CF).

A tripartição da legitimidade entre Estado-Família-Sociedade para propositura das ações acima citadas impõe-se como medida de coerência, uma vez que um dos pilares da Doutrina da Proteção Integral é justamente a atuação concorrente entre os três entes para a garantia dos direitos mais fundamentais da criança e do adolescente. Na medida em que se dá tal incumbência, também deve se garantir o acesso aos instrumentos necessários para efetivá-los.

¹⁰⁸ Lopes Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1367.

¹⁰⁹ Grinover *apud* Lopes Jr. *Ibidem*, p. 1368.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 1368.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 1374.

¹¹² Mazzilli, Hugo Nigro. In Cury, Munir; Amaral, Antonio Fernando do; Mendes, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 955.

Pelo acima exposto, vê-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, adotando a Doutrina da Proteção Integral, mostrou-se um diploma bastante abrangente e complexo, apresentando atuação louvável tanto no momento em que rompe com o regime menorista quanto no momento em que se integra ao sistema processual pré-existente para proporcionar meios para efetivação dos direitos então declarados. Contudo, toda essa aparelhagem jurídica nele prevista não é automotriz. Necessita-se de uma atuação conjunta e consciente entre o ente público, a sociedade, a família e os operadores do direito para que a máquina estatutária abandone a inércia e se mova no sentido de consolidar os valores tão almejados pela Doutrina da Proteção Integral.

2.2. Princípios consagrados pela Doutrina da Proteção Integral

2.2.1. Princípio da Prioridade Absoluta

O Princípio da Prioridade Absoluta pode ser definido como o dever de primazia no atendimento dos interesses e direitos inerentes às crianças e adolescentes, isso em função de seu estado peculiar de pessoa em formação e sua situação de fragilidade.

O art. 227, caput, da Constituição assevera que as prestações que têm a criança e o adolescente como destinatários finais devem ser elaboradas com absoluta prioridade. Neste sentido também dispõe o art. 4º do Estatuto:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O rol do parágrafo único não é exaustivo, o legislador apenas enumerou alguns dos procedimentos mais importantes a que se deve assegurar preferência à criança e ao adolescente. Para a aplicação do artigo 227 da Constituição não se faz necessário que o legislador infraconstitucional liste todas as prioridades a serem observadas pelo administrador quando da elaboração de suas políticas públicas.

Destarte, não se pode negar vigência a tal princípio em uma situação que não se enquadre nas hipóteses insculpidas nesse rol do artigo 4º do Estatuto. O campo de aplicação desse instituto é ilimitado e irrestrito. Nos casos que não se assemelham ao previsto pelo

legislador, deve-se recorrer à analogia e à interpretação extensiva para uma perfeita visualização de seu espectro de alcance.

O princípio da prioridade absoluta é de natureza constitucional, e acaba distinguindo as garantias protetivas das crianças e adolescentes daquelas garantias gerais aplicáveis aos adultos.

Poder-se-ia, num primeiro momento, pensar que essa distinção implicaria em afronta ao princípio da isonomia, consagrado pela Constituição de 1988¹¹³. Entretanto, já se pacificou na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o princípio da isonomia garante uma igualdade em direitos às pessoas que se encontram em situação igualitária. Assim, na medida em que as pessoas se encontram em situações desiguais, devem ser tratadas perante a lei desigualmente, na medida de sua desigualdade, visando à equidade entre as partes.

Tal entendimento já estava presente na clássica *Oração aos Moços*¹¹⁴ de Ruy Barbosa¹¹⁵:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

No caso, a desigualdade consiste na condição peculiar da criança e do adolescente de desenvolvimento e incompletude física, psicológica e moral. Deste modo, o tratamento diferenciado que lhes é despendido é uma própria exigência da isonomia, de modo a criar uma uniformidade perante a lei.

Esse também é o entendimento de Liberati¹¹⁶:

Proposto de forma superficial, esse princípio poderia sugerir e implicar um desnível de tratamento e de garantia de direitos proposto pela Constituição, ao mesmo tempo em que assegura que “todos são iguais perante a lei”. É justamente com fundamento nesse dispositivo constitucional que o princípio da absoluta prioridade no atendimento aos direitos da criança e do adolescente se faz paritário com os direitos dos demais cidadãos: a criança e o adolescente, em sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, requerem tratamento jurídico especial.

¹¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

¹¹⁴ A *Oração dos Moços* é um discurso escrito por Rui Barbosa em 1921 para a turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo, da qual foi paraninfo. Por motivos de saúde, não pôde comparecer pessoalmente à cerimônia, razão pela qual o discurso foi lido pelo professor Reinaldo Porchat.

¹¹⁵ Barbosa, Ruy. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 25. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br>.

¹¹⁶ Liberati, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional: Medida socioeducativa é pena?*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60.

O respeito à diferença entre os sujeitos de direito – e especificamente a criança e o adolescente- não implica discriminação ou violação do princípio da isonomia consagrado pela Constituição.

[...]

Portanto, o tratamento jurídico diferenciado proposto pela Constituição, determinando que sejam atendidos com absoluta prioridade os direitos da criança e do adolescente, não fere o princípio da igualdade perante a lei, porque propõe uma nova condição especial (condição peculiar de desenvolvimento) daqueles sujeitos de direitos.

O artigo 4º do Estatuto reflete perfeitamente a situação de fragilidade em que as crianças e os adolescentes se encontram. Assim, as políticas públicas devem ser elaboradas visando, com absoluta prioridade, a satisfação das necessidades da população infantoadolescente.

Neste sentido, colhe-se da doutrina¹¹⁷:

Por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças, são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

Contudo, essa prioridade absoluta não deve ser observada tão somente pelos administradores e pelos governantes em geral, vinculando também a família e a sociedade, pois, a Constituição acolheu o princípio da cooperação, sendo todos os deveres relativos à população infantoadolescente repousados no tripé protetivo Estado-família-sociedade.

O princípio da Prioridade Absoluta reflete também na tramitação de processos afetos à infância e juventude. A morosidade no deslinde de um processo pode ser crucial para os interesses de uma criança ou de um adolescente. Como, por exemplo, em uma ação em que se busca uma vaga em uma escola ou o tratamento médico-hospitalar para um infante, a demora na emissão de uma decisão certamente traria prejuízos de difícil reparação à educação ou à integridade física dessa criança. Por essa razão é que esses feitos devem tramitar com urgência, tendo prioridade em relação aos demais processos que aguardam julgamento e devendo contar com uma identificação na própria capa informando a sua preferência legal.

Ainda, em seus artigos 198 e 199-C, o Estatuto prevê que os recursos que discutam interesses de crianças e adolescente ou tenham sido interpostos em procedimentos de adoção e destituição de poder familiar deverão tramitar com prioridade absoluta em relação aos demais, sendo dispensado também de revisor.

Como bem apontam Veronese e Silveira, as crianças e os adolescentes, como seres em desenvolvimento, merecem atenção diferenciada quanto ao procedimento, o que fica expresso também no parágrafo único do art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹⁸.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 62.

Em uma eventual colisão de princípios, o que sobrepõe os interesses da criança e do adolescente deve prevalecer. Contudo, ressalta-se que o princípio da prioridade absoluta admite relativizações. No exemplo de José da Silva Tavares, o ato de salvar uma vida em perigo iminente, seja de quem for, deve preferir à obrigação de atender uma criança ou adolescente em situação de fato que não apresente a mesma gravidade¹¹⁹. O autor prossegue:

[...] seria um absurdo deixar de prestar socorro a um acidentado exangue ou a um velho acometido de mal súbito, para ocupar-se, nesse exato momento, de entreter uma criança ou mesmo levá-la a uma aula que se inicia em sua escola. Casos em que o desvio da conduta configuraria o crime de omissão previsto no Código Penal, art. 135, cuja responsabilidade não poderia ser elidida¹²⁰.

No mais, as necessidades da criança e do adolescente devem ser satisfeitas com absoluta primazia, seja no recebimento de socorro, na precedência de atendimento nas repartições públicas, na elaboração de políticas sociais e públicas, na destinação de recursos públicos, na resolução de suas demandas judiciais ou em qualquer situação em que um interesse seu esteja em jogo.

2.2.2. Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente

Diferentemente da prioridade absoluta, que tem origem constitucional, o princípio do superior interesse tem suas raízes nos tratados internacionais. Este é um baluarte do Direito da Criança e do Adolescente, tendo sido consagrado no art. 3º da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente:

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Também está disposto no artigo 18 da mesma convenção:

Artigo 18

1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com

¹¹⁸ Veronese, Josiane Rose Petry; Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. *Op. cit.*, p. 130.

¹¹⁹ Tavares, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 16.

¹²⁰ *Idem*.

relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

No Estatuto ele está presente no art. 100, parágrafo único, inciso IV, afirmando que na aplicação de medidas e na intervenção deve-se atender prioritariamente aos interesses da criança e do adolescente.

A origem desse princípio se relaciona com o instituto de *parens patrie*, utilizado na Inglaterra, no século XIV, como uma prerrogativa do rei de proteger as pessoas incapazes¹²¹.

Foi introduzido nos Estados Unidos em 1813 em uma ação de divórcio em que havia a disputa da guarda de uma criança. A Corte concedeu a guarda do filho à mãe, que havia traído o marido, por entender que a conduta da mãe em relação ao cônjuge não deveria ser estendida ao filho, devendo prevalecer o melhor interesse da criança¹²².

Esse Princípio pode ser definido como um ponto norteador para todos os atos que tem a criança e o adolescente como destinatários finais. Deve ser observado pelo Estado quando da elaboração e execução de políticas públicas, devendo prevalecer a defesa dos direitos da criança e do adolescente em face de outras medidas de interesse coletivo.

Orienta também a família quando da tomada de decisões em relação a esses jovens. Contudo, toda e qualquer decisão feita pelo grupo familiar deve considerar o que é melhor para a criança e o adolescente sob a sua perspectiva e não somente pela perspectiva dos adultos.

Por fim, esse princípio constitui importante ferramenta hermenêutica em auxílio aos magistrados e a todos os profissionais que lidam direta ou indiretamente com a população infantoadolescente, tanto no momento da extração do real conteúdo da norma quanto no momento de sua aplicação.

Ressalta-se que o princípio do superior interesse da criança e do adolescente não é de caráter absoluto. Por tal, a sua adoção deve ser dotada de certa cautela, sob pena de gerar resultados negativos à população infantoadolescente ou mesmo em prejuízo desnecessário e desproporcional à coletividade.

Conforme Veronese e Vieira, este princípio expressa a noção de um processo dinâmico no qual as decisões que se tomam hão de ser constantemente revisadas não só para atender ao crescimento da criança e do adolescente, como também para atender à evolução da

¹²¹ Pereira *apud* Santa Catarina, Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. Manual do Promotor de Justiça da infância e Juventude/Coordenação-Geral do Promotor de Justiça Marcelo Gomes Silva; elaboração técnica de Mayra Silveira; supervisão da Subprocuradoria-Geral de Justiça-Florianópolis: Coordenadoria de Comunicação Social, 2008, p. 30.

¹²² Idem.

família e do grupo social em que interagem e aos aspectos da vida e de crescimento daqueles que ainda não chegaram à vida adulta¹²³.

2.2.3. Princípios da Municipalização, da Descentralização e da Participação Popular

A Constituição de 1988 trouxe algumas mudanças no que diz respeito às Políticas Públicas. Uma das principais novidades foi a elevação do Município ao posto de ente federativo, sendo agora dotado de autonomia política, administrativa e financeira. Isso se deu pela adoção da ideia de um Federalismo Cooperativo, onde todos os entes federados atuam conjuntamente para a satisfação das necessidades da população.

A descentralização do atendimento está prevista no artigo 204 da Constituição, inciso I, que assim dispõe:

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

Como afirma Lima, não se pode confundir descentralização com desconcentração. Descentralizar importa em reconhecer autonomia ao nível da esfera de poder local. Compreende um processo de redistribuição das atribuições inerentes a cada esfera do governo e dos recursos humanos, financeiros e físicos¹²⁴. Já o ato de desconcentrar implica em uma divisão administrativa, mas não política, do poder. Desta forma, quem desconcentra divide para reinar, visto que permanece com o poder decisório e com o controle das decisões¹²⁵.

O princípio da municipalização está previsto no artigo 88, inciso I, do Estatuto. O Município é sujeito de grande importância dentro desse modelo, isso porque é o ente federativo mais próximo da população e, assim, o mais apto a perceber quais as suas necessidades mais latentes. A política de atendimento dos direitos sociais não pode ser a mesma em todas as regiões brasileiras, ante a pluralidade vislumbrável em nosso país e a complexidade das relações sociais.

Ramidoff assevera que:

¹²³ Veronese, Josiane Rose Petry; Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. *Op. Cit.*, p. 141.

¹²⁴ Lima, Miguel M. Alves. O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica. 2001. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 262.

¹²⁵ *Idem*.

A municipalização do atendimento - segundo o inciso I, do artigo 88, do Estatuto da Criança e do Adolescente - revela a sua importância precisamente por aproximar as autoridades municipais dos graves problemas que acontecem no Município, em questão. E isto se dá justamente porque, sem dúvida, o próprio Município conhece mais de perto os problemas que afligem os munícipes. Assim, as políticas e os serviços afetos ao Município devem ser implementados para assegurar qualquer os direitos da infância e da juventude local contra qualquer tipo de ameaça ou violência, principalmente, as decorrentes da falta do serviço ou mesmo de seu mau funcionamento¹²⁶.

Por essa razão é que se optou pelo fortalecimento do Município, que deixou de ser um sujeito passivo das decisões do governo federal para se tornar um partícipe dotado de competências e atribuições próprias no atendimento da sociedade.

Entretanto, para a efetivação da municipalização não basta a mera transferência de atribuições, faz-se necessária, também, a redistribuição de recursos financeiros para que os programas de natureza social possam sair do papel e produzir efeitos. Ciente disso, o legislador, no art. 260 do Estatuto previu a transferência de recursos do ente federal ao municipal. Colhe-se da pena de Edson Sêda¹²⁷:

Para cumprir a Constituição, no que ela contém em relação a crianças e adolescentes, o Estatuto prevê, com a municipalização, uma descentralização de recursos. Para dar o exemplo, começou com uma transferência de recursos federais para fortalecer o município em sua montagem de programas. Isso se cumpriu através da norma constante do artigo 260 do Estatuto que fez a União abrir mão de uma parcela do imposto de renda em favor dos municípios.

Completou-se com o poder deferido a cada município de formular sua política de atendimento a crianças e adolescentes e de recorrer aos fundos estadual ou nacional, quando os recursos carreados para o municipal fossem insuficientes.

Contudo, o conceito de *municipalização* não pode ser confundido com *prefeiturização*.

Municipalizar pressupõe a transferência de atribuições dos demais entes federativos aos municípios, que, por ser o mais próximo da realidade da população infantoadolescente, deve incorporar essas atribuições para formular e executar programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. *Prefeiturizar* significa a transferência de toda a responsabilidade pelo atendimento das crianças e do adolescente ao Prefeito e seus auxiliares diretos. Entretanto, ao municipalizar as políticas de atendimento, o que pretendeu o legislador foi criar uma interação entre o ente público, a família e a comunidade como um todo unitário, responsabilizando-os tanto pela elaboração das atividades quanto pelos seus resultados.

Na lição de Lima¹²⁸:

¹²⁶ Ramidoff, Mário Luiz. A redução da idade penal: do estigma à subjetividade. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 141.

¹²⁷ Sêda, Edson. A proteção integral: um relato sobre o cumprimento do novo Direito da criança e do adolescente na América Latina. Campinas: Editora Adês, 1995, p. 70.

¹²⁸ Lima, Miguel M. Alves. *Op. cit.*, p. 270.

Não se deve dar ao termo “Município”, em nenhuma circunstância, o significado de “Prefeitura”. A ideia de “prefeitura” está mais vinculada com aquilo que se refere ao “Prefeito”, o Chefe do Poder Executivo municipal. Já a ideia de “município” indica o conjunto de poderes públicos locais, que corresponde, na estrutura do Município brasileiro, aos poderes Executivo e Legislativo, ou seja, à Administração Municipal na sua totalidade, direta, indireta, fundacional, todos os serviços públicos municipais.

Além disso, o termo “município” também evoca o conjunto de forças sociais e políticas, a comunidade municipal, que é um coletivo sociopolítico no qual estão integrados os cidadãos individualizados, a família, o poder público, as organizações da sociedade civil e a sociedade em geral.

Com essa alteração operada nas políticas públicas, o princípio da participação popular também se viu reforçado. O novo direito da criança e do adolescente exige um envolvimento da sociedade na produção, afirmação, implementação e aperfeiçoamento das políticas públicas. Na política de atendimento, a Constituição, em seu artigo 204, inciso II, prevê a participação da população, por meio de organizações representativas, tanto no momento de sua formulação quanto de fiscalização.

Os princípios da municipalização e da descentralização exigem uma atuação efetiva da sociedade, devendo ela cumprir com o dever que lhe foi imposto pelo art. 227 da Constituição. Conforme Lima¹²⁹, o Estatuto prevê formas de garantir a participação da sociedade em todas as fases da gestão da nova política de atendimento, sendo elas: I) A participação da sociedade em igualdade de condições com o poder público nos conselhos de direitos; II) Participação na execução das políticas municipais de atendimento à criança; III) Escolha dos representantes no conselho de direitos; IV) Escolha do conselheiro no conselho tutelar; e, por fim, V) Legitimação para atuar em juízo na defesa dos interesses de crianças e adolescentes.

2.2.4. Princípio da não discriminação, da universalização, da humanização e da politização

A Constituição, em seu art. 5º, inciso IV, adotou o princípio da não discriminação de modo a assegurar a todas as pessoas os direitos e garantias individuais de forma igualitária e sem qualquer tipo de distinção discriminatória.

Conforme Lima e Veronese, o Direito da Criança e do Adolescente também reconhece a valorização das diferenças e veda qualquer ato que expresse discriminação na garantia e concretização dos direitos da população infantoadolescente. Assim, nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração,

¹²⁹ *Ibidem*, p. 254.

violência, crueldade e opressão, sejam eles mediante ação ou omissão no reconhecimento de seus direitos fundamentais¹³⁰.

Já a universalização é um dos princípios basilares da Doutrina da proteção Integral, pois estende a proteção dos direitos a todas as crianças e adolescentes, sem distinção, diferentemente do observável durante a vigência do Código de Menores de 1927 e 1979, onde a proteção sociojurídica alcançava apenas aquela parcela da população infantoadolescente categorizada como *menor*. Com o novo Direito da Criança e do Adolescente, foram reconhecidos os direitos fundamentais dos quais todas as crianças e adolescentes, vistos agora como sujeitos de direitos¹³¹.

Quanto ao princípio da humanização, previsto no art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, implica em garantir a efetividade no tratamento aos direitos infantoadolescentes, sendo vedado qualquer tratamento cruel, desumano ou degradante¹³².

Por fim, conforme Lima e Veronese, tem-se o princípio da politização ou da ênfase nas políticas sócias básicas que busca auxiliar na efetivação das políticas públicas como alternativa da garantia de direitos das crianças e dos adolescentes, rompendo com as práticas assistencialistas e caritativas representadas pelo Direito do Menor.

As autoras finalizam afirmando que as políticas públicas representam a força propulsora para as conquistas das garantias jurídicas da infância e da adolescência, tão bem dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente¹³³.

2.3. Garantias Processuais asseguradas ao adolescente autor de Ato Infracional

A Constituição Federal, em seu art. 228, estabeleceu que todos aqueles com idade inferior a 18 anos são penalmente inimputáveis, mas ainda sujeitos às normas da legislação especial. O mesmo preceito é repetido pelo Estatuto em seu art. 104. Ainda, o seu parágrafo único ressalta que se deve considerar a idade do autor na data do fato para aplicação das regras estatutárias.

Essa inimputabilidade é uma forma de afastar a responsabilidade penal, contudo, diferentemente do que é difundido pela mídia e reproduzido pelo imaginário popular, isso não

¹³⁰ Lima, Fernanda da Silva; Veronese, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adoelscente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 97

¹³¹ Ibidem, p. 98

¹³² Ibidem, p. 103

¹³³ Idem.

significa que o adolescente se torne imune à lei. O que pretendeu o legislador constitucional foi instituir uma nova forma de atender o adolescente que pratica uma conduta contrária à lei, forma esta que deve se adequar à idade do autor do ato infracional e se mostrar condizente com o seu estágio de desenvolvimento físico, psíquico e moral.

O ato infracional, nos termos do Estatuto, é a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Trata-se de uma técnica de tipificação delegada, utilizando-se a mesma seleção de condutas que são consideradas como crimes quando praticadas por adultos para definir os atos infracionais.

Contudo, essa comparação com o Direito Penal se dá unicamente quanto a tipificação, no mais, o atendimento do ato infracional se dá por meio de regras e princípios próprios, de natureza totalmente diversa dos procedimentos criminais, em respeito à condição peculiar do adolescente de pessoa em desenvolvimento.

Trata-se de uma sistemática diferenciada, mas que não dá azo à prática de arbitrariedades. Preocupado com isso, o legislador estatutário agregou ao texto legal uma série de garantias asseguradas no âmbito do Processo Penal e na Constituição Federal. Os artigos 106 a 109 do Estatuto definem os direitos individuais do adolescente que supostamente praticou um ato infracional. A violação do versado em tais dispositivos pode implicar na prática de um dos crimes previstos nos artigos 230 a 235 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Já nos artigos 110 e 111, o legislador alocou um conjunto de garantias processuais em favor do adolescente, as quais se somam a todas aquelas garantias constitucionais e processuais aplicáveis aos adultos, desde que adequadas ao estágio de desenvolvimento do adolescente.

Dentre os direitos individuais, o primeiro deles trata dos casos em que o adolescente poderá se ver privado de sua liberdade via internamento cautelar. Nos termos do art. 106:

Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Por força do artigo 152 do Estatuto, os preceitos gerais da lei processual penal são aplicáveis aos atos infracionais em caráter subsidiário, levando em consideração as finalidades almejadas pelo diploma estatutário. Assim, faz-se necessário consultar o Código Penal para verificar quais os casos que podem caracterizar o estado de flagrância, estando assim previsto em seu art. 302:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Os casos de flagrante podem ser classificados em: a) próprio (incisos I e II); b) Impróprios (inciso II) e; c) Presumido (inciso IV). O inciso I se refere aos casos em que o adolescente é surpreendido enquanto pratica a conduta típica. A flagrância, a depender do caso, poderá evitar a consumação do ato. O inciso II prevê a situação em que o autor acabou de praticar o ato infracional, não havendo um intervalo temporal relevante entre a prática e a sua apreensão. Na hipótese do inciso III, o adolescente é perseguido logo após a prática de um ato infracional, em uma situação que conte com elementos suficientes para indicar que ele é o autor de tal conduta.

O conceito de perseguição encontra definição no art. 290, § 1º, do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§ 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;

b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

§ 2º Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida (Grifou-se).

Pela alínea “a”, a perseguição não pode ser interrompida, deve haver uma continuidade. Contudo, não se exige um constante contato visual entre o perseguidor e o adolescente. Na alínea “b” se tem a possibilidade de início da perseguição sem mesmo um contato visual. Apesar de não haver uma quantificação do lapso temporal entre a prática do ato infracional e a perseguição, exige-se que esse intervalo seja mínimo.

Por fim, o inciso IV do art. 302 do CPP prevê a espécie de flagrante mais frágil e difícil de efetuar. Como bem assevera Aury Lopes Jr., o seu primeiro requisito é que o agente seja “encontrado”, e este deve ser causal e não casual¹³⁴. “É encontrar de quem procurou, perseguir e depois, perdendo o rastro, segue buscando o agente”¹³⁵. Assim, deve haver uma vinculação previamente estabelecida em relação à conduta típica. Tal modalidade admite um lapso temporal maior do que o previsto no inciso anterior, desde que observado dentro do contexto da prática delitiva.

¹³⁴ Lopes Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 811.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 811.

Conforme Alexandre Moraes da Rosa que o flagrante preparado, que é aquele induzido pela autoridade policial, é ilícito, pois a preparação pela polícia torna impossível a sua consumação (Súmula 145 do STF). Essa situação se difere do flagrante esperado, que é aquele em que a autoridade possui informações de que o ilícito pode ocorrer, de modo que essa modalidade de flagrante é lícita¹³⁶.

No que diz respeito à ordem escrita da autoridade judiciária que determina o internamento, ela deve ser devidamente motivada. A motivação nada mais é do que a exposição das razões que formaram a convicção do magistrado e o levaram a decidir pelo internamento cautelar do adolescente. Na decisão o juiz não pode se limitar a elencar as provas produzidas, cabendo a ele se manifestar sobre o seu conteúdo, tornando translúcidos os elementos que formaram seu raciocínio.

A falta de motivação na decisão acaba por caracterizar ofensa ao princípio da ampla defesa, pois, quando da formulação de eventual recurso ou ação impugnativa, a parte não consegue delimitar os elementos justificantes da decisão e, conseqüentemente, vê-se impedida de atacá-los efetivamente. Assim, os fundamentos da decisão que determina o internamento cautelar devem ser devidamente explicitados, sob pena de nulidade do julgado.

A regra é de que o adolescente seja liberado imediatamente, só se justificando o internamento provisório se o ato infracional for cometido mediante violência, grave ameaça à pessoa ou for de grande repercussão social. Como bem alerta Saraiva, a privação de liberdade provisória se mostra desarrazoada nos casos em que eventual sentença de procedência da pretensão socioeducativa aplique medida diversa da privativa de liberdade¹³⁷.

Estando configurada uma das hipóteses de internamento provisório, o adolescente, no prazo de 5 dias, deve ser transferido para uma entidade própria para acolher adolescente, onde sejam realizadas atividades de cunho pedagógico. Não se admite que o adolescente seja contido em estabelecimento prisional ou junto a adultos. Na inexistência de vaga para o adolescente em instituição própria e adequada, a sua liberação imediata é medida que se impõe com a aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto.

É da jurisprudência da Corte Catarinense:

HABEAS CORPUS - APREENSÃO DE ADOLESCENTE EM REPARTIÇÃO POLICIAL POR MAIS DE CINCO DIAS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO - OFENSA AO ART. 185 E PARÁGRAFOS DA LEI N. 8.069/90 - DECISÃO, ADEMAIS, DESMOTIVADA - LIMINAR CONFIRMADA - CONCESSÃO DO PEDIDO DE ORDEM. (TJSC, Habeas

¹³⁶ Rosa, Alexandre Moraes da. Guia Compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 124.

¹³⁷ Saraiva, João Batista da Costa. Adolescente e ato infracional: garantias e medidas socioeducativas. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 49.

Corpus n. 2011.014313-9, de Itapema, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 22-03-2011).

Estando o adolescente internado provisoriamente, o prazo máximo para conclusão do procedimento é de 45 dias (arts. 108 e 183). Se após o transcurso do prazo ainda não tiver sido proferida sentença, o adolescente deverá ser imediatamente liberado. Esse prazo não admite prorrogações e o seu descumprimento acarreta no crime previsto no art. 235 do Estatuto, com pena de detenção de 6 meses a 2 anos. Ainda, o art. 234 prevê que a autoridade competente que, sem justa causa, deixa de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão, incorre no crime punível com pena fixada igualmente entre 6 meses e 2 anos. Esses dois crimes têm como elemento subjetivo o dolo e não admitem em sua forma tentada.

Sendo apreendido em flagrante, o adolescente deve ser encaminhado à autoridade policial (art. 172), que deve informar à autoridade judiciária competente e à família do adolescente, o quanto antes, a sua apreensão e o local em que se encontra recolhido (art. 107), sob pena de responsabilização penal (arts. 130 e 131). Cumpre ressaltar que, por força do art. 109 do Estatuto, na repartição policial o adolescente não será submetido à identificação compulsória, salvo para efeito de comprovação, havendo dúvida fundada.

A seguir deverá lavrar auto de apreensão em flagrante e encaminhar o adolescente ao Ministério Público, junto aos seus pais ou responsáveis. Não sendo possível a apresentação imediata, a autoridade policial deverá encaminhar o adolescente à entidade de atendimento, que ficará responsável pela apresentação ao representante ministerial, no prazo de 24 horas (art. 175).

Recebido o adolescente, o Promotor deverá proceder à oitiva informal do adolescente e, sendo possível, dos seus pais ou responsáveis, vítimas ou testemunhas (art. 179). Se o adolescente estiver internado provisoriamente o membro do *parquet* deverá analisar a possibilidade de sua liberação.

Ouvido o adolescente e tendo vista do auto de apreensão, do boletim de ocorrência e com informação sobre os seus antecedentes, o Promotor de Justiça poderá promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa (art. 180).

Em analogia ao que o art. 189 dispõe ao magistrado, o Promotor poderá arquivar o feito nos seguintes casos: I – Estar comprovada a inexistência do fato; II – Não haver prova da existência do fato; III – Não constituir o fato ato infracional; IV – Não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

O arquivamento se faz por meio de Termo de Arquivamento, que deve ser devidamente fundamentado, expondo as razões que levaram o representante ministerial a arquivar o feito, e deve conter o resumo dos fatos apurados. Esse Termo deve ser enviado à autoridade judiciária para homologação e, caso o magistrado não concorde com tal medida, remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que, nos termos do art. 181, §2º, poderá: I - Ele mesmo oferecer a representação; II – Designar outro Membro do Ministério Público para apresentá-la; III – Ratificar o arquivamento, situação em que a autoridade judiciária será obrigada a homologar.

O inciso II do art. 180 prevê a possibilidade de concessão da remissão, que está regulamentada nos artigos 126 a 128 do Estatuto. A remissão é uma espécie de “perdão” por meio do qual se busca atenuar os efeitos negativos que o procedimento judicial pode gerar ao adolescente, sem implicar no reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalecendo para efeitos de antecedentes (art. 127). Para sua concessão, deve-se levar em consideração as circunstâncias e consequências do fato, o contexto social, a personalidade do adolescente e a sua maior ou menor participação no ato infracional (art. 126, *caput*).

A remissão ministerial se difere daquela conferida ao magistrado. O Promotor pode oferecer a remissão somente antes de iniciado o procedimento de apuração do ato infracional, e sempre como forma de exclusão do procedimento. Antes da instauração de qualquer processo, somente o Ministério Público pode oferecer a remissão. Quando oferecida pelo magistrado, será sempre após iniciado o procedimento de apuração do ato infracional e pode se dar na forma de exclusão do processo ou como forma de suspensão do processo mediante o cumprimento de medida socioeducativa. Contudo, a medida aplicada pela autoridade judiciária nunca poderá ser de colocação em regime de semiliberdade ou de internação, abrangendo somente aquelas medidas de caráter eminentemente pedagógico.

Quanto à possibilidade de o representante ministerial poder oferecer a remissão cumulada com alguma medida socioeducativa, existe grande divergência em terras pátrias. Essa discussão acabou levando o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula n. 108, onde afirma que a aplicação de medida socioeducativa ao adolescente por prática de ato infracional é medida exclusiva do juiz. Contudo, dentro do próprio STJ encontramos julgados em sentido oposto, como o seguinte:

RECURSO ESPECIAL – PENAL – LEI Nº 8.069/90 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA – REMISSÃO OFERECIDA PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMOLOGAÇÃO EM JUÍZO – CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA – POSSIBILIDADE – PROVIMENTO – 1. Esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que, por força mesmo da letra da Lei, pode o

magistrado, ao homologar a remissão concedida pelo órgão ministerial, impor outra medida sócio-educativa prevista na Lei nº 8.069/90, excetuadas aquelas que impliquem semiliberdade ou internação do menor infrator. Precedentes. 2. Recurso Especial provido". (STJ – RESP 200201045409 – (457684 SP) – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 13.12.2004 – p. 00465).

Nos Tribunais Estaduais também são vislumbráveis julgados no sentido de que o representante ministerial pode conceder a remissão cumulada com uma medida socioeducativa.

Sobre esse tema, Saraiva assim se posiciona¹³⁸:

Quanto ao ECA facultar ao Ministério Público a possibilidade de concessão de remissão na fase pré-processual, e nesta restar estabelecida a obrigação de o adolescente submeter-se a uma das medidas socioeducativas passíveis de ser aplicadas em remissão, estabeleceu-se, também aqui, polêmica no mundo jurídico, relativamente ao Ministério público poder ou não aplicar medida socioeducativa no âmbito de sua competência.

A polêmica, já vencida, resultou no advento do enunciado de Súmula 108 do STJ, que estabelece competência exclusiva do Juiz de Direito na aplicação de medida socioeducativa.

Na verdade, o ECA ao estabelecer que a remissão concedida (*rectius*, concertada) pelo Ministério Público sujeita-se para sua eficácia à homologação do Juiz de Direito (que [...] se não concordar com aquela representará ao Procurador-Geral de Justiça, a exemplo do que também ocorre quando divergir acerca de pedido de arquivamento de inquérito), implicitamente afirma que será o Juiz de Direito quem, homologando a transação efetuada, estará aplicando a medida socioeducativa ajustada entre as partes.

Caso seja transacionado entre o *parquet* e o adolescente a remissão condicionada ao cumprimento de uma medida socioeducativa, o adolescente deverá estar acompanhado por advogado constituído ou, na ausência deste, advogado nomeado.

Independente de cumulada ou não com medida socioeducativa, a remissão ministerial deverá ser lavrada a termo e levada ao juízo para homologação, onde segue os mesmos trâmites aplicáveis ao processo de arquivamento do feito.

Caso entenda não ser o caso de arquivamento ou de concessão da remissão, o Promotor de Justiça deverá oferecer representação à autoridade judiciária, propondo a aplicação da medida socioeducativa que julgar mais adequada ao adolescente. Contudo, ao contrário do Processo Penal onde impera o princípio da obrigatoriedade, no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente adota-se o princípio da oportunidade, ou seja, o Ministério Público não é obrigado a oferecer a representação. Ao analisar o caso concreto, poderá optar por tomar outras medidas que julgar pertinentes, sem acionar a autoridade judicial.

É esse o entendimento de Paulo Afonso Garrido de Paula¹³⁹:

¹³⁸ Saraiva, João Batista da Costa, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁹ De Paula, Paulo Afonso. In Cury, Munir; Amaral, Antonio Fernando do; Mendes, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 809.

Se do sistema processual deflui o princípio da obrigatoriedade de propositura da ação penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir a remissão como forma de exclusão do processo, expressamente adotou o princípio da oportunidade, conferindo ao titular da ação a decisão de invocar ou não a tutela jurisdicional. A decisão nasce do confronto dos interesses sociais e individuais tutelados unitariamente pelas normas insertas no Estatuto (interessa á sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator). Assim, em cada caso concreto, pode o Ministério Público dispor da ação socioeducativa pública através da remissão, concedendo-a como perdão puro e simples ou, numa espécie de transação, incluir medida não privativa de liberdade, excetuando-se, portanto, a semiliberdade e a internação.

Cumprе ressaltar que a ação socioeducativa é pública e incondicionada, tendo como titular exclusivo o Ministério Público. De tal modo, não existe a “ação socioeducativa privada”, nem mesmo em caráter subsidiário. Contudo, o artigo 206 do Estatuto dispõe que qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderá intervir nos procedimentos, através de advogado. Assim, mesmo que seja de titularidade do *parquet*, admite-se a figura do assistente do Ministério Público no transcorrer da lide socioeducativa.

Em consagração ao princípio da celeridade do procedimento, o oferecimento de representação independe de prova pré-constituída de autoria e materialidade, nos termo do art. 182, §2º, do Estatuto. Na afirmação de Paulo Afonso Garrido de Paula¹⁴⁰, o legislador acabou por prever um verdadeiro juizado de instrução, estabelecendo um procedimento judicial de apuração do ato infracional, sendo dispensada a figura do inquérito policial, remetendo a coleta de provas diretas ou indiciárias para a fase judicial. Contudo, ainda na lição de ilustre autor, isso não significa que a representação possa brotar de irrefletidas e vagas suposições, devendo haver um mínimo de viabilidade, resultante de elementos colhidos nas fases precedentes, notadamente em relação à autoria, de modo que a apuração dos fatos revele-se necessária¹⁴¹.

Assim o Ministério Público não pode oferecer a representação sem que existam, ao menos, indícios satisfatórios da autoria e materialidade, sob pena de causar grave dano ao adolescente. Na ausência de indícios suficientes, é preferível angariar novos elementos para nova deliberação do que propor uma representação beirando a inépcia.

Ao folhear o Estatuto também se percebe que nenhum prazo foi fixado para o oferecimento da representação. Contudo, nos casos de apreensão em flagrante, o representante ministerial deve atuar imediatamente, oferecendo a representação e adotando as demais medidas pertinentes. No mais, o Promotor deve se ater aos princípios da brevidade e da celeridade.

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ *Idem.*

Oferecida a representação, a defesa do adolescente está intimamente relacionada com as garantias processuais a ele asseguradas nos artigos 110 e 111. O primeiro prevê que o adolescente não será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. O Estatuto reproduziu integralmente o previsto na Constituição em seu art. 5º, inciso LIV, da CF. Esse princípio consagra a impossibilidade de se impor sanção a alguém senão por meio de processo instaurado e desenvolvido em conformidade com o previsto pelas regras e princípios processuais. Esse princípio, na verdade, é a reunião de todas aquelas garantias processuais e constitucionais que visam à ampliação dos direitos individuais do cidadão contra o arbítrio estatal. Dentre as garantias nele compreendidas, destacam-se as seguintes: a) Garantia de acesso ao judiciário; b) Direito ao contraditório e ampla defesa; c) publicidade dos atos processuais; d) Direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; e) Motivação das decisões judiciais; f) Observância ao princípio do juiz natural; g) Tratamento paritário entre as partes; h) Publicidade dos atos processuais; i) Julgamento em prazo razoável, sem dilações indevidas; j) Inadmissibilidade de provas ilícitas; l) gratuidade judiciária.

O artigo 111 reflete algumas dessas garantias compreendidas no princípio do devido processo legal. Contudo, deve-se atentar ao fato de que o rol de garantias ali alocado tem caráter meramente exemplificativo, de modo que são admitidas outras medidas processuais previstas na Constituição, na legislação esparsa, na doutrina, jurisprudência ou mesmo na legislação internacional.

O inciso I do art. 111 prevê o “pleno e formal conhecimento da atribuição do ato infracional, mediante citação ou meio equivalente”. A citação é o meio pelo qual o adolescente e os seus responsáveis tomam ciência da representação oferecida pelo Ministério Público e do seu inteiro teor. Esse é um direito que se relaciona diretamente com os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois somente após a comunicação de determinado ato processual é que se poderá intervir e efetivar a sua defesa. A ausência de citação poderá implicar na nulidade de todos os atos posteriormente realizados.

A citação é o primeiro momento do contraditório, é a oportunidade em que o adolescente toma conhecimento da representação e pode tomar as decisões necessárias para exercer seu direito de defesa. Por isso é que se relaciona tão intimamente com o princípio do contraditório.

Nesse sentido, colhe-se da ensinança de Aury Lopes Jr.¹⁴²:

A efetividade do contraditório no Estado Democrático de Direito está amparada no direito de informação e participação dos indivíduos na Administração de

¹⁴² Lopes Jr., Aury, *op. cit.*, p. 740.

Justiça. Para participar, é imprescindível ter a informação. A participação no processo se realiza por meio da reação, vista como resistência à pretensão jurídica acusatória articulada, e isso expressa a dificuldade prática, em certos casos, de distinguir entre a reação e o direito de defesa.

A citação não se pode dar às vésperas de uma audiência. Deve-se oportunizar um tempo razoável para que os defensores do adolescente possam assimilar o conteúdo do ato e elaborar uma defesa adequada ao caso.

Para a citação, utilizam-se as regras previstas no Código de Processo Penal, em seus artigos 351 a 359, mas estas devem ser aplicadas à luz dos princípios estatutários, não podendo o adolescente ser exposto a situações constrangedoras ou atentatórias à sua dignidade.

Conforme o art. 184 do Estatuto, após receber a representação, o magistrado deverá designar audiência de apresentação do adolescente, e a citação deverá ser feita na pessoa do adolescente e de seus pais ou responsável, que tomarão ciência, pela primeira vez, da representação e serão notificados a comparecer à audiência. Mesmo que o representado esteja internado, os seus pais deverão ser notificados acerca da representação e da realização da audiência. Caso os pais não sejam encontrados, o Juiz de Direito dará curador ao adolescente. Não sendo este localizado, deverá se expedir mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito. Segundo Veronese e Silveira, a cientificação e a notificação a que tal dispositivo alude diferem da citação do processo comum, sendo vedadas as modalidades de citação por hora certa ou por edital. De tal modo, é permitida tão somente a citação pessoal do adolescente e de seus pais¹⁴³.

Se o adolescente, tendo sido devidamente citado e não comparecer, por força do art. 187 do Estatuto, o magistrado designará nova data e emitirá ordem de busca e apreensão, sendo autorizado o uso de coerção e força, proporcional à reação do adolescente, não se admitindo abusos em desfavor dele. Quanto aos pais, como aponta De Paula, a consequência de seu comparecimento é de ordem processual, precluindo o direito de serem ouvidos pela autoridade judiciária¹⁴⁴.

O Art. 111, em seu inciso II, prevê ao adolescente a “igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa”. Esse artigo é decorrente do princípio do contraditório e da ampla defesa, consubstanciado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

¹⁴³ Veronese, Josiane Rose Petry; Silveira, Mayra. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 27.

¹⁴⁴ De Paula, Paulo Afonso. *Op. cit.*, p. 816.

Esse dispositivo assegura um tratamento igualitário entre as partes, devendo o juiz tomar conhecimento das alegações de todos os envolvidos e oportunizar a um contradizer o dito pelo outro, sob pena de parcialidade e de o magistrado tomar decisões respaldado apenas em metade da história, que deveria ter conhecido por inteira.

Deve-se oportunizar aos litigantes condições ideais para expor a sua versão dos fatos e reagir à versão da parte contrária. Contudo, essa não é uma obrigação da parte, querendo, ela pode se reservar ao direito do silêncio, mas, de qualquer modo, a oportunidade de manifestação deve sempre lhe ser oportunizada.

Esse princípio envolve uma relação de dialeticidade, permitindo aos envolvidos se confrontar perante o magistrado, que deverá tentar reconstruir os fatos que envolvem o caso *sub judice*, com base nas alegações do representante e do representado na lide socioeducativa. Essa dialeticidade exige também uma participação ativa do magistrado, que deve responder adequadamente as requisições das partes, mas sempre evitando atuações de ofício.

Já no que diz respeito ao princípio da ampla defesa, ele consiste em proporcionar ao representado todos os meios lícitos para rebater as alegações do autor da ação socioeducativa. A ampla defesa compreende duas modalidades de defesa: a autodefesa e a defesa técnica.

A primeira modalidade consiste na possibilidade de o adolescente reagir pessoalmente às imputações a ele dirigidas pelo ente ministerial e pelas testemunhas, relacionando-se diretamente com o disposto no inciso V. Essa defesa pessoal pode se dar tanto no momento no momento da oitiva ante o representante ministerial quanto em audiência perante a autoridade judiciária.

A defesa do adolescente pode se dar também na modalidade negativa, ou seja, por uma completa omissão, podendo se negar a emitir qualquer declaração acerca do que lhe é imputado, sem que isso venha a ensejar a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária ou em qualquer prejuízo jurídico. O adolescente também não é obrigado a produzir prova contra si, podendo se recusar a fornecer material genético ou participar de reconstituições.

Colhe-se da ensinância de Saraiva¹⁴⁵:

Sem prejuízo da defesa técnica, por seu advogado, a defesa pessoal do imputado, a partir de versão própria que dá ao fato, se constitui uma garantia de ampla defesa, sem prejuízo de optar pelo silêncio, na medida em que o ser ouvido se constitui em direito seu de defesa.

A defesa técnica, tratada no inciso III do dispositivo, é aquela realizada por profissional habilitado, com conhecimentos técnico-jurídicos. Como afirma Aury Lopes Jr., a

¹⁴⁵ Saraiva, João Batista da Costa. *Op. cit.*, p. 78.

defesa técnica decorre de uma presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o promotor, com a autoridade policial ou mesmo com o magistrado¹⁴⁶.

Contudo, para o atendimento do princípio da ampla defesa não basta o mero acompanhamento dos atos processuais por um advogado, faz-se necessária também uma defesa eficiente, sob pena de nulidade. Neste sentido é a súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta de defesa consiste em nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu”.

Assim, a assistência técnica só será válida se realmente exercida. O fato de o adolescente possuir defensor constituído ou nomeado não basta para a sua defesa, sendo imperiosa uma atividade efetiva do advogado. Neste sentido é o parágrafo único do art. 261 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 10.792/2003, e que assim versa: “a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, sempre será exercida através de manifestação fundamentada”. A nulidade por deficiência na defesa é relativa, não bastando a mera insatisfação com o resultado final da lide, fazendo-se necessária a efetiva comprovação de prejuízo em desfavor daquele que está no polo passivo, como vislumbrável no seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA (ART. 339 DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. SUSCITADA A NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. ACOLHIMENTO. RESPOSTA À ACUSAÇÃO DISSOCIADA DA REALIDADE DOS AUTOS. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FORMULADO COM AMPARO EM CÓPIA DE OUTRO PROCESSO JUNTADA AOS AUTOS. PLEITO ELABORADO COM BASE EM PREMISSE EQUIVOCADA E, PORTANTO, DESPROVIDO DE SUBSTRATO LÓGICO. PREJUÍZO À ACUSADA INEGÁVEL. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 523 DO STF. ORDEM DE NULIDADE DO FEITO, A PARTIR DA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRÉVIA, INCLUSIVE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.082147-0, de Garopaba, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 18-11-2014).

Por fim, ressalta-se não se pode nomear defensor dativo ao adolescente sem antes oportunizar-lhe constituir um defensor de sua confiança. Tal prática implica em clara ofensa ao princípio da ampla defesa e ao direito de livre escolha do defensor, com o conseqüente reconhecimento de nulidade do ato.

Neste sentido, colhe-se do acervo jurisprudencial da Corte Catarinense de Justiça:

RECURSO DE APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO [ART. 157, § 2, I E II, DO CÓDIGO

¹⁴⁶ Lopes Jr., Aury. Op. cit., p. 234.

PENAL]. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DA DOUTA PROCURADORIA PARA **RECONHECER A NULIDADE DO FITO PELA NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO SEM A REGULAR INTIMAÇÃO PESSOAL DO ADOLESCENTE OU SEU REPRESENTANTE LEGAL, PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO, EM SUBSTITUIÇÃO AO ANTERIOR.** ADVOGADO CONSTITUÍDO QUE NÃO APRESENTOU RAZÕES DE RECURSO. **OFENSA AO DIREITO DE LIVRE ESCOLHA DE ADVOGADO. NULIDADE ABSOLUTA PRESENTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO.** CONHECIMENTO DO RECURSO PREJUDICADO ANTE A NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DOS ATOS SUBSEQUENTES AO INTERESSE DE RECORRER DO ADOLESCENTE. (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2012.049179-6, de Urussanga, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 06-12-2012) (Sem grifos no original).

A parte final do inciso II do art. 111 fala na possibilidade de produzir todas as provas necessárias à defesa do adolescente. No procedimento, procura-se reconstruir o passado para verificar a ocorrência ou não de um ato infracional e a necessidade de uma intervenção pedagógica junto ao adolescente. A prova é elemento fundamental para a reconstrução dos fatos pretéritos e consequente formação da convicção do magistrado acerca das decisões a serem tomadas.

Da ensinança de Marinoni e Arenhart¹⁴⁷ colhe-se que a ideia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da verdade. A definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa. Ainda na lição dos ilustres processualistas, no processo o juiz tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo; feito esse juízo de concreção da regra aos fatos, extrai-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador¹⁴⁸.

É garantido ao adolescente não só a possibilidade de ele produzir a prova, mas também de requerer a sua produção, acompanhar essa produção e tê-la analisada pelo magistrado competente.

Aury Lopes Jr. Aponta as seguintes limitações constitucionais ao direito à prova¹⁴⁹:

- Direito de intimidade;
- Inviolabilidade do domicílio;
- Inviolabilidade do sigilo das correspondências e das telecomunicações;

¹⁴⁷ Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 252.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Lopes Jr., Aury. Op. cit., p. 592.

- Além da genérica inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

O art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal prevê que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. A prova ilícita é aquela que, no momento de sua coleta, viola normas de direito constitucional ou material.

Conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada, que tem origem no caso *Silversthorne Lumber & Co. v. United States*, uma prova ilícita contamina todas as demais provas obtidas a partir do ato viciado.

Aury Lopes Jr. Exemplifica o que seria uma prova contaminada¹⁵⁰:

Exemplo típico é a apreensão de objetos utilizados para a prática de um crime (armas, carros, etc.) ou mesmo que constituam o corpo de delito, e que tenham sido obtidos a partir de uma escuta telefônica ilegal ou através da violação de correspondência eletrônica. Mesmo que a busca e apreensão seja regular, com o mandado respectivo, é um ato derivado do anterior, ilícito. Portanto, contaminado está.

Contudo, existem teorias que acabam por afastar essa contaminação, conferindo validade à prova que inicialmente era eivada de nulidade. São as teorias da fonte independente e do encontro inevitável.

A primeira teoria se refere àqueles casos em que a prova foi obtida ilicitamente, todavia, a autoridade policial comprova que, por meio de elementos posteriormente angariados, que não apresentam nenhum vínculo com a prova originalmente ilícita e oriundos de uma fonte independente, a prova seria descoberta de outra maneira e de forma lícita. Neste caso, quebra-se o nexo de causalidade, sendo a prova admitida no processo e produzindo efeitos.

Já a teoria do encontro inevitável afasta a antijuridicidade, pois admite-se que, embora a coleta da prova tenha sido revestida de alguma ilegalidade, o seu descobrimento se daria de forma inevitável com o transcorrer das investigações.

Sobre o tema, colhe-se da lição de Marinoni¹⁵¹:

Na exceção do descobrimento inevitável, admite-se que a segunda prova deriva da ilícita, porém se entende que não há razão para reputá-la nula ou ineficaz. Isso porque a descoberta por ela constatada ocorreria mais cedo ou mais tarde. A lógica do salvamento da segunda prova está em que não há motivo para retirar eficácia de uma prova que trouxe uma descoberta que muito provavelmente seria obtida. Dessa forma seria possível dizer que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, pois alguns podem ser aproveitados.

Há ainda a possibilidade de utilização de provas *pro reo*. Nesse caso, a prova é reconhecidamente ilícita, contudo, ela se mostra necessária para provar a inocência de um réu

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 600.

¹⁵¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Prova Ilícita. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-prova-ilicita>

e evitar uma condenação injusta. Neste caso, a prova deve ser apreciada e valorada pelo magistrado.

A prova é colhida pelo próprio réu com infringência a direitos fundamentais próprios ou de terceiros, mas visando comprovar a sua inocência. Assim, quando da obtenção desse elemento que levaria à sua absolvição, o acusado estaria agindo com respaldo na excludente de ilicitude da legítima defesa, legitimando o uso da prova no processo.

Contudo, cumpre ressaltar que a prova é legitimada tão somente dentro deste processo e para beneficiar os réus, mas não pode ser utilizada em outro processo em desfavor do mesmo réu ou de terceiros. Conforme Aury Lopes Jr.¹⁵², a prova ilícita que excepcionalmente está sendo admitida para inocentar um acusado está vinculada àquele processo, sendo considerada ainda inadmissível em relação a outros processos e em prejuízos dos seus respectivos réus. Referido autor prossegue¹⁵³:

Não existe uma convalidação, ou seja, ela não se torna lícita para todos os efeitos, senão que apenas é admitida em um determinado processo (em que o réu que a obteve atua ao abrigo do estado de necessidade). Ela segue sendo ilícita e, portanto, não pode ser utilizada em outro processo para condenar alguém, sob pena de, por via indireta, admitirmos a prova ilícita contra o réu (sim, porque ele era “terceiro” no processo originário, mas assume agora a posição de réu).

O inciso IV prevê a assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, estando diretamente relacionado ao art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição. Esse dispositivo visa propiciar o acesso ao judiciário, mesmo àqueles desprovidos de recursos materiais e que não podem suportar os custos da contratação de um serviço técnico-jurídico. A Carta Magna projeta na figura da Defensoria Pública o ente que deve prestar a assistência jurídica aos necessitados, contudo, nos locais em que este órgão não estiver devidamente instalado, cabe ao Estado custear os honorários dos defensores dativos, proporcionalmente aos serviços prestados.

Por fim, o inciso VI trata do direito de o adolescente solicitar a presença de seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento. Como bem apontado por Digácomo, a presença dos pais não se restringe à singela atuação na condição de seus representantes legais ou assistentes, mas principalmente no sentido de lhe proporcionar o suporte emocional e orientação devidos. Ainda, perante a autoridade judicial, podem prestar informações acerca da conduta pessoal, familiar e social do adolescente que podem ser determinantes na formação

¹⁵² Lopes Jr., Aury. *Op. cit.*, p. 599.

¹⁵³ *Idem.*

da decisão do magistrado acerca da concessão ou não da remissão ou mesmo influenciar no tipo de medida a ser aplicada¹⁵⁴.

Como anteriormente dito, a família, devido a sua proximidade com o adolescente, é o ente que melhor o que conhece, sendo, portanto, o grupo mais adequado a fornecer-lhe o apoio moral e psicológico necessário durante o transcorrer do procedimento de apuração do ato infracional e também para auxiliar no processo de identificação de suas necessidades pedagógicas específicas.

A atuação do legislador estatutário é digna de elogios, contudo, de nada valerá se não for acompanhada de um tratamento diferenciado por partes dos operadores jurídicos. Na prática, infelizmente, é muito comum vermos magistrados, promotores e advogados dando às normas estatutárias um tratamento semelhante ao dado às normas de direito penal e processual penal. Deve-se ter em mente que o Direito da Criança e do Adolescente é um ramo autônomo e diferenciado, exigindo um tratamento muito mais atento do que aquele dispensado aos adultos. Isso porque, além de se observar todas aquelas regras atinentes ao Direito Penal, deve-se buscar a percepção de todas aquelas necessidades específicas do adolescente e para apuração do contexto sociocultural em que ele vive. As garantias acima expostas não são fruto de uma transposição indiscriminada de regras penais ao âmbito estatutário, mas sim fruto de um sistema próprio de regras e princípios do Direito da Criança e do Adolescente que visam à proteção integral da população infantoadolescente. Confundir as garantias consagradas pelo Estatuto com aquelas próprias do Direito Penal seria ressuscitar o Direito Penal Juvenil e dar-lhe nova roupagem, sob um discurso garantista punitivista.

¹⁵⁴ Digácomo, Murilo. *In* Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e tratamento do Delinquente (ILANUD). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 217.

3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ATO INFRACIONAL

No primeiro capítulo analisou-se o princípio da insignificância e sua aplicabilidade aos casos atinentes ao Direito Penal. Verificou-se que se trata de um instrumento de construção doutrinária que tem por desiderato afastar a aplicação da pena naqueles casos em que o bem jurídico sofre um dano de pouca relevância, fulminando a tipicidade material.

Analisou-se também a sua relação com outros princípios e o modo como vem sendo tratado pela doutrina, pelo legislativo e, principalmente, pelo judiciário.

No segundo capítulo fez-se um estudo dos fundamentos do novo Direito da Criança e do Adolescente, analisando os valores consagrados pela Doutrina da Proteção Integral, os princípios estruturantes desse sistema e as garantias processuais que o legislador pormenorizou no diploma estatutário.

Neste terceiro capítulo, há de se abordar especificamente a aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais. A construção feita nos capítulos anteriores é de suma importância para demonstrar quais os pilares estruturantes da insignificância e do Estatuto da Criança e do Adolescente, fornecendo substrato teórico à verificação da possibilidade de conciliação entre o instituto de exclusão da tipicidade material e os fins almejados pelo legislador estatutário.

Como visto alhures, o princípio da insignificância é um tema que ainda gera certa animosidade em terras pátrias, pois, apesar de já ser amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência, no caso concreto ainda existe certa divergência quanto aos critérios de sua aplicação, ficando, em boa parte dos casos, o réu sujeito à discricionariedade do magistrado, o que acaba gerando certa insegurança a todos os envolvidos.

No que diz respeito ao Direito da Criança e do adolescente, essa é uma área também absorva em polêmicas. Mesmo após 25 (vinte e cinco) anos de vida do Estatuto, percebe-se que, em diversos casos, ainda não existe uma adequação entre o manuseio dos instrumentos legais/doutrinários e os fins almejados pelo diploma em questão.

Destarte, tratando-se de dois temas que ainda orbitam a contrariedade, o encontro entre ambos no caso concreto não poderia ser menos polêmico.

Ressalta-se que a doutrina ainda se mostra um tanto quanto silente em relação ao tema, abordando-o em raras ocasiões, e mesmo quando o faz é de maneira deveras modesta. Certamente, a ausência de uma abordagem mais enfática do tema por parte da doutrina colabora para a proliferação de decisões tão discordantes entre si. Por tal razão é que ao

estudar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais o espectro de estudo restringe-se quase que exclusivamente ao decidido pelos tribunais.

Neste terceiro capítulo, primeiramente, há de se analisar a jurisprudência de alguns Tribunais Pátrios, com especial enfoque no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Após, adotando alguns destes acórdãos e retorquindo outros, serão expostas as razões que levaram a construção desta obra e formam o convencimento acerca da impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais.

3.1. Ato infracional e princípio da insignificância à luz da jurisprudência

A aplicação de institutos próprios do Direito Penal ao Direito da Criança e do Adolescente não é uma questão inédita dentro da doutrina e dos Tribunais brasileiros. Recentemente este assunto esteve bastante em voga com a discussão sobre a possibilidade ou não de aplicação da prescrição penal aos atos infracionais. Neste caso em especial a jurisprudência consolidou entendimento no sentido de que a prescrição penal é aplicável aos atos infracionais, tendo a matéria inclusive dado azo à edição da súmula 338 pelo STJ¹⁵⁵.

Esse foi o caso que ganhou maior notoriedade nos últimos anos, contudo, não se trata de discussão isolada. Diariamente são presenciados dentro dos tribunais inúmeros debates sobre a possibilidade de transposição de princípios penais ao âmbito estatutário. Em grande parte desses casos, quase que inevitavelmente, os estudos se debruçam sobre a natureza das medidas socioeducativas.

Em suma, existem duas correntes, uma que vê nas medidas socioeducativas um caráter eminentemente pedagógico e outra que lhe atribui um caráter retributivo/repressivo, à semelhança da sanção penal, só que em menor intensidade.

No que se refere à aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais, os Tribunais apresentam decisões diametralmente opostas. Contudo, os julgadores majoritariamente se manifestam pela possibilidade de aplicação de tal instrumento ao âmbito estatutário. Ressalta-se que esse é o entendimento mais comum e não o entendimento consolidado pela jurisprudência. Embora alguns tratem a questão como se pacificada fosse, uma perfunctória análise do acervo jurisprudencial das cortes estaduais de justiça se mostra mais do que suficiente para comprovar que pululam entendimentos antagônicos sobre o tema e os ânimos ainda não foram apascentados.

¹⁵⁵ Súmula 338 do STJ: a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas.

As decisões se orientam, em regra, conforme o caráter que os magistrados atribuem às medidas socioeducativas. O argumento mais comum para aplicar o princípio da insignificância aos atos infracionais é o de que elas possuem um caráter repressivo, de modo que a utilização de tal instituto implicaria na supressão de uma situação maléfica ao adolescente. Tal entendimento pode ser observado no seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÕES CRIMINAIS - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS - **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO AOS ATOS INFRACIONAIS** - INAPLICABILIDADE AO PRESENTE CASO - ALTA LESIVIDADE DA CONDUTA - SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DA LIBERDADE ASSISTIDA - REMISSÃO - IMPOSSIBILIDADE - BENESSE QUE SÓ PODE SER CONCEDIDA ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA - MEDIDAS PROTETIVAS DO ARTIGO 101 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INADEQUAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO - APELOS NÃO PROVIDOS. (TJMG - Apelação Criminal 1.0016.09.098958-9/001, Relator(a): Des.(a) Flávio Leite, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/10/2011, publicação da súmula em 04/11/2011) (Grifrou-se).

Do corpo do acórdão, colhe-se:

A Juíza "a quo", ao julgar o caso, estabeleceu que o princípio da insignificância não tem aplicação aos atos infracionais, tendo em vista que o bem maior a ser tutelado nos processos da Infância e Juventude é a formação integral do adolescente, não tendo a medida socioeducativa simplesmente a função de punir pela prática de ato infracional, mas, acima de tudo, intervir na condução de sua vida, fazendo-lhe compreender o caráter ilícito do ato por ele praticado.

Contudo, tenho posição diametralmente oposta à da douta sentenciante.

Venho me posicionando pelo reconhecimento do princípio da insignificância desde que atendidos os requisitos consistentes na mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, cabendo, também, a avaliação da vida pregressa do agente, consoante reiteradas decisões dos Tribunais Superiores.

Nesse contexto, se a conduta do agente maior sem significativa repercussão social, inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado e diminuta periculosidade gera a possibilidade de aplicação do princípio da bagatela, com muito mais razão se aplica ao menor que tenha praticado ato infracional equiparado a delito penal, pois, em tese, ele tem menores condições de entender o caráter ilícito de sua ação do que uma pessoa maior de 18 anos.

[...]

A meu ver, esse julgamento é bastante incoerente. Embora a medida socioeducativa tenha finalidade pedagógica, tem também caráter repressivo que, de qualquer forma, traz ao menor certas restrições de direitos. Assim, o raciocínio condizente ao princípio da insignificância deve recair à prática de ato infracional (Sem grifos no original).

Este caso reflete bem a discussão existente em outros tribunais pátrios. *In casu*, dois adolescentes foram representados pela prática de ato infracional equiparado ao crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas (art. 103, ECA, c/c art. 155, §4º, IV, CP). A magistrada

singular, por entender que a medida socioeducativa não apresenta um caráter punitivo, negou aplicação ao princípio da insignificância e julgou procedente a pretensão socioeducativa.

As partes recorreram postulando o reconhecimento da insignificância das condutas. O Ministério Público se manifestou no mesmo sentido que a togada sentenciante, afirmando que referido princípio não é aplicável à seara estatutária.

Entretanto, o relator, adotando entendimento imediatamente contrário, decidiu pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais, isso porque, como transcrito acima, reconheceu nas medidas socioeducativas um caráter repressivo, pois implica em restrição de direitos ao “menor”.

Neste mesmo julgado o Douto Relator ainda expõe o seguinte:

Ora, vejamos a situação de um furto praticado em concurso de pessoas em que um dos agentes é um jovem de 20 anos e o outro um adolescente de 17. Para o primeiro excluo a tipicidade pela incidência do princípio da insignificância e ao outro julgo procedente a representação e lhe aplico medida socioeducativa.

Também é bastante comum essa comparação entre o adolescente autor de ato infracional e o adulto que praticou um crime para demonstrar que a inaplicabilidade do princípio poderia implicar em uma situação mais gravosa ao adolescente do que ao adulto.

Neste mesmo sentido é a Apelação n. 2013.053592-9, julgada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 28-11-2013, sendo assim ementada:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO TENTADO (ART. 155, CAPUT C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). MAGISTRADO QUE NÃO HOMOLOGA A REMISSÃO CONCEDIDA EM AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO E EXTINGUE O PROCEDIMENTO COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA BAGATELA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. **VIABILIDADE DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA TAMBÉM AOS ATOS INFRACIONAIS.** PRECEDENTES. VALOR ÍNFIMO DA RES FURTIVA (UMA GARRAFA DE SUCO DE LARANJA E UMA LATA DE BEBIDA ENERGÉTICA). MÍNIMA OFENSIVIDADE E REPROVABILIDADE DA CONDUTA. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. "O princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, desde que verificados os requisitos necessários para a configuração do delito de bagatela" (STF, HC n. 98.381/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.10.2009).

2. Doutrina e jurisprudência consagraram critérios objetivos para a aplicação do princípio da insignificância, entre os quais se destacam: "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (STF, HC n. 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 19.11.2004). (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2013.053592-9, da Capital, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 28-11-2013) (Sem grifos no original).

Em seu voto, o relator assim afirmou:

Mas, como sumariado, é bem verdade que sustenta o representante do Ministério Público oficiante em primeiro grau a incompatibilidade do princípio da

insignificância aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e Juventude, ao argumento de que a "medida socioeducativa não visa à punição, mas a adequação do adolescente às regras sociais" (fl. 31).

No entanto, admitir o entendimento supracitado e a consequente aplicação de medida socioeducativa, no caso sob exame, implicaria grave ofensa aos princípios da isonomia e da legalidade, este último expressamente consagrado no art. 35, I, da Lei n. 12.594/2012, ao estabelecer que ao adolescente não pode ser imposto "tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto".

Não há, de fato, interesse do Estado na aplicação da medida socioeducativa, pois, com vênias a entendimentos contrários, o adolescente não pode responder por ato que, se cometido por um adulto, sequer seria considerado típico (Grifou-se).

No caso acima citado, pode-se perceber que o representante ministerial, Thiago Carriço de Oliveira, já apresenta um entendimento diverso, pois não atribui às medidas socioeducativas uma natureza punitiva e defende a incompatibilidade entre os instrumentos bagatela e a ação socioeducativa.

Essa equiparação entre o adolescente/adulto e medida socioeducativa/pena é a bastante comum dentro dos tribunais e constitui o argumento majoritariamente adotado para adotar o princípio da insignificância em relação aos atos infracionais.

Existem casos em que, mesmo se reconhecendo o caráter pedagógico da medida socioeducativa, os magistrados acabam optando pela aplicação do princípio da insignificância, por entender que uma conduta que não seria considerada crime quando praticada por adulto também não poderia ser considerado ato infracional quando praticada por adolescente.

Desfrutando desse entendimento, é a Apelação n. 70028140879 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colhendo-se do inteiro teor do julgado o seguinte:

Ora, é bem de ver que a finalidade da aplicação de medida sócio-educativa é a educação e recuperação do adolescente infrator, tendo em vista, por evidente, a gravidade da infração cometida.

[...]

Com efeito, se o fato é insignificante, não há tipicidade. Se não há tipicidade, não há infração (ato infracional). Se não há infração, não há imposição de medida.

Por conseguinte, temos o seguinte:

Premissa Maior. Só responde processo por ato infracional quem comete fato similar a crime ou contravenção (Artigo 103 do ECA).

Premissa Menor. Ora, quando incide o princípio da bagatela não há crime, nem contravenção (Apelação Crime Nº 70017860933, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 28/12/2006)

Conclusão. Logo, quem furta um receptor de antena parabólica, avaliado em R\$ 100,00, não responde por ato infracional.

Neste caso o magistrado faz esse exercício comparativo entre o adolescente e o adulto. Primeiramente ele analisa a questão como se tivesse sido praticada por um adulto. Após,

adotando o entendimento que seria aplicável à seara penal, ele concluiu que inexistia ato infracional.

Ainda, há quem aplique o princípio da insignificância sob o argumento de que a aplicação de uma medida socioeducativa ao adolescente em casos que a lesão experimentada pela vítima foi de pequena monta seria medida deveras custosa ao judiciário e implicaria também em uma desproporcionalidade entre a conduta praticada e a resposta estatal.

Ilustrando tal pensamento, cita-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

FURTO TENTADO
ATO INFRACIONAL ANALOGO
COISA DE INFIMO VALOR
PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA OU DA BAGATELA
APLICACAO AOS INIMPUTAVEIS
POSSIBILIDADE

Estatuto da Criança e do Adolescente. Fato similar ao crime descrito no artigo 155, caput, na forma do artigo 14, II, ambos do Código Penal. Representação rejeitada pelo Juiz de primeiro grau. Recurso Ministerial onde se pretende a reforma da sentença, sendo recebida a representação com o prosseguimento do feito. 1. Na hipótese vertente, verifica-se que os adolescentes foram representados porque tentaram subtrair R\$ 15,00, em espécie, da caixa onde ficava o dinheiro das passagens, sendo o valor de propriedade de uma empresa de transportes coletivos. O ato infracional não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos representados, havendo a total recuperação dos bens. Constata-se, com facilidade, que se trata de coisa de ínfimo valor. 2. Em tais circunstâncias, cuidando-se de infrações penais, os nossos Tribunais Superiores têm entendido que se não há uma ofensa de alguma relevância ao bem jurídico, **é contraproducente acionar a máquina custosa e complexa do Poder Judiciário.** 3. **Com efeito, quando ocorrem lesões insignificantes ao bem penalmente protegido, a incidência de uma sanção punitiva mostra-se desarrazoada e inadequada, por não preservar qualquer correspondência proporcional entre a ofensa e a reprimenda.** 4. **Deve-se aplicar esse princípio em sede menorista, não nos parecendo razoável que ele seja estendido aos imputáveis e afastado dos inimputáveis, cuja conduta reveste-se, em tese, de diminuta reprovabilidade.** 5. O recurso é conhecido e não provido, mantendo-se, na íntegra, a doughta decisão monocrática (TJRJ, Apelação n. 0013475-92.2009.8.19.0037, rel. Des. Cairo Italo Franca David, j. 26-8-2010) (Grifou-se).

Percebe-se que o Desembargador faz uma análise valorativa do bem juridicamente protegido e dos custos que seriam assumidos pelo Estado ao aplicar uma medida socioeducativa. Ainda, o magistrado fala numa aparente desproporcionalidade entre a lesão provocada pelo adolescente e a “reprimenda” que seria a ele imposta caso fosse julgada procedente a pretensão socioeducativa.

A fundamentação adotada reflete tão somente aquele discurso proferido quando da aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal, sem haver qualquer análise sob a ótica estatutária.

Poderiam ser citados e analisados inúmeros outros julgados existentes nos Tribunais pátrios, entretanto, os acima transcritos mostram-se suficientes para ilustrar as razões que costumam estar presentes nas decisões que entendem ser aplicável o princípio da insignificância aos atos infracionais.

Contudo, dentro destas mesmas Cortes encontram-se julgados em sentido diametralmente oposto, que pugnam pela impossibilidade de conciliação entre o princípio bagatelar e o Estatuto da Criança e do Adolescente, como o seguinte, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

ECA. MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA E PRESTACAO DE SERVICO A COMUNIDADE POR SEIS MESES CUMULADAS COM OBRIGACAO DE MATRÍCULA ESCOLAR. EM RELAÇÃO À GENITORA DA ADOLESCENTE, COM FULCRO NO ARTIGO 129, IV, DO ECA. MEDIDA DE ENCAMINHAMENTO A CURSOS OU PROGRAMAS DE ORIENTACAO CONSISTENTE NA FREQUENCIA JUNTO A ESCOLA DE FAMÍLIA. INCONFORMISMO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA NO QUE TANGE A GENITORA DA ADOLESCENTE, POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO TOCANTE À MEDIDA DE ENCAMINHAMENTO A CURSOS OU PROGRAMAS, POR AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. MÉRITO. REFORMA DA DECISÃO. ABSOLVIÇÃO MEDIANTE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTES E, POR FIM, A FIXAÇÃO DA MSE MENOS GRAVOSA. PRELIMINAR REJEITADA. APELO IMPROVIDO. [...] **3. Não merece prosperar o pleito de absolvição sob a fundamentação de atipicidade material, posto que os valores estatuídos nos princípios da proteção e do melhor interesse da criança não admitem compatibilização com o princípio da insignificância. Cabe observar que o principio da insignificância não se aplica aos atos infracionais, haja vista que o objetivo da aplicação da medida sócio-educativa é promover a socioeducação do infrator.** **4. Na oitiva informal realizada pelo Ministério Público, a genitora da adolescente informou que esta não estava regularmente matriculada na escola, quando da prática do ato infracional, que é rebelde, passando boa parte de seu dia na rua, voltando para casa apenas de madrugada, além de fazer uso constante de cigarros e de bebidas alcoólicas.** **5. A sentença deu justa resposta quando reconheceu a prática do ato infracional pela recorrente, aplicando-lhe as medidas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 06 (seis) meses.** **6. A medida se revelou imperativa, decorrente da necessidade da proteção estatal instituída pelo ECA, visando garantir os interesses da menor, com o intuito de, ao final, permitir sua total reintegração à sociedade, afastando-a de um ambiente propício à criminalidade.** **7. Preliminar rejeitada. Apelo desprovido (TJRJ, Apelação n. 0002706-72.2008.19.0065, rel. Des. Sidney da Rosa Silva, j. 29-3-2011) (Sem grifos no original).**

No primeiro julgado citado deste mesmo Tribunal pudemos perceber que a análise do tema não se afastou muito daquela existente na seara penalista, sendo reconhecida a possibilidade de aplicação do princípio bagatelar aos atos infracionais, entretanto, neste segundo *decisum*, vê-se que o discurso assume um matiz totalmente diverso. Aqui o

magistrado, considerando os princípios consagrados pela Doutrina da Proteção Integral e a natureza da medida socioeducativa, entende pela incompatibilidade entre os valores estatutários e o instituto bagatelar.

Noutros Tribunais Estaduais também grassam vozes que contestam o primeiro entendimento esposado, afirmando que as medidas socioeducativas apresentam um caráter eminentemente pedagógico.

Esse posicionamento resta translúcido nos Embargos Infringentes 70020468724, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2007, tendo como Relatora a Desembargadora Maria Berenice Dias.

O feito foi assim ementado:

ECA. ATO INFRACIONAL. BAGATELA. Inaplicável o princípio da bagatela aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, que visam a ressocializar e a reintegrar o adolescente no meio social. Descabida a analogia entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e os institutos penais, pois o direito criminal visa à punição do delinquente e o ideal da Lei nº 8.069/90 é fazer com que o jovem infrator reflita sobre a censurabilidade que pesa sobre seu comportamento e não venha a reincidir.

EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (Grifou-se).

Em seu voto, a Douta relatora asseverou:

O princípio da bagatela, instituto eminentemente de Direito Penal, não se aplica aos procedimentos próprios para apuração de ato infracional. O Estatuto da Criança e do Adolescente, através de procedimento peculiar, visa, precipuamente, a ressocialização do adolescente autor de ato infracional, aplicando-lhe a medida socioeducativa adequada, com o intuito de reintegrá-lo ao convívio social harmônico.

A Lei nº 8.069/90, em atenção ao art. 228 da Constituição Federal, que impede a responsabilização penal de crianças e adolescentes, agrega às medidas socioeducativas caráter educativo. Assim, a proposta da legislação constitucional e infraconstitucional não é punitiva, mas ressocializante e pedagógica, de caráter socioeducativo. Daí porque o art. 112, § 1º, ECA prevê a necessidade de considerar a capacidade do adolescente em cumprir as medidas, as circunstâncias em que o fato foi praticado e a gravidade da infração. Deve-se atentar ao fato de que a Lei nº 8.069/90 destaca a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento dos sujeitos de direitos, assegurando-lhes a proteção integral (arts. 1º e 6º, do ECA). Portanto, crianças e adolescentes são indivíduos em fase de desenvolvimento diversificado, e, como tal, merecem tratamento diferenciado. Impõe-se, portanto, tratar desigualmente os desiguais, em prol de atingir a efetiva igualdade.

[...]

Certo, portanto, é que o embargado demanda atenção estatal. Reconhecer-se o princípio da bagatela e deixar-se de aplicar ao embargado a medida socioeducativa adequada, no caso, significaria abrir mão de todas as bases conquistadas com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Grifou-se).

Aqui é esposado o entendimento de que as medidas socioeducativas tem um caráter pedagógico e não punitivo. Conforme o entendimento do colegiado, soma-se a isso a peculiar condição do adolescente de pessoa em formação, pelo qual deve lhe ser dado um tratamento

diferenciado, sem que isso possa implicar em um tratamento discriminatório, mas como uma medida de efetivação da igualdade, que demanda um tratamento desigual aos desiguais.

No acervo jurisprudencial da Corte de Justiça de Goiás encontra-se entendimento semelhante:

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL. FURTO. REPRESENTAÇÃO RECEBIDA. POSTERIOR REJEIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PROCESSO JULGADO EXTINTO. INADMISSIBILIDADE. I – Recebendo a representação, não pode o magistrado, posteriormente, rejeitá-la, julgando extinto o procedimento, por entender pequeno o valor da coisa subtraída. II – **Não é aplicável o princípio da insignificância nos procedimentos de apuração de ato infracional, que tem por finalidade não só punir o adolescente, mas, sobretudo, promover a sua ressocialização.** III – Não tendo sido o adolescente localizado, deverá a autoridade judiciária expedir mandado de busca e apreensão, nos termos do que dispõe o artigo 184, § 3º, do Estatuto de Criança e do Adolescente. RECURSO PROVIDO (TJGO, Apelação n. 231-0/288, rel. Desa. Amélia Martins de Araújo, j. 8-6-2009) (Sem grifos no original).

No caso, o representante ministerial se manifestou pela impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais, nos seguintes termos:

O adolescente, acobertado pelas normas insculpidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, foge desses critérios objetivos de aferição da ocorrência ou não de delito bagatelar, haja vista que o ECA tem por finalidade não só punir o adolescente que comete ato infracional, mas, sobretudo, promover a sua ressocialização, eis que ainda é uma pessoa que está em desenvolvimento. Tanto que a aplicação de medida socioeducativa a adolescente que comprovadamente tenha praticado ato infracional difere da pena imposta ao maior imputável regido que é pelas normas do Código Penal, haja vista que essa busca sempre a recuperação desse jovem e sua conseqüente ressocialização e reinserção social e familiar. Com efeito, a aplicação subsidiária de institutos do Direito Penal, como o da insignificância, observando-se tão somente o pequeno 'valor' da coisa subtraída, significa relegar a um segundo plano a possibilidade de resgatar nesse adolescente os princípios morais, éticos e sociais afrontados por seu ato.

No parecer do representante Ministerial são destacados os perigos que emergem com a aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais. Dentre eles ressalta-se a elevação valorativa do bem juridicamente protegido em detrimento das necessidades pedagógicas do adolescente, uma vez que quando da aplicação do princípio da insignificância as atenções se voltam, principalmente, ao bem atingido e à lesão sofrida pela vítima.

Semelhante entendimento pode ser encontrado em diversos julgados no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dentre eles destacamos a Apelação n. 1.0043.08.015594-8/001, em que o Relator assevera que a medida socioeducativa apresenta uma natureza jurídica especial, nos seguintes termos:

É que o princípio da insignificância não se aplica nos casos de medida sócio-educativa prescrita no Estatuto da Criança e do Adolescente ante a natureza jurídica especial da medida. Pena e medida sócio-educativa possuem naturezas distintas de caráter ontológico e teleológico. A pena, como é conhecida atualmente, passou ao longo da história por sucessivas transformações, desde a

sua finalidade meramente retributiva, como manifestação incontestada do *ius puniendi* estatal, até a atual fase de humanização, onde adquire um caráter preventivo que culmina na teoria da prevenção geral positiva fundamentadora.

O objeto das medidas sócio-educativas constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente, por outro lado, tem por escopo a reeducação do menor visando a sua reintegração à sociedade e não a sua "punição" por ato infracional. Não possuem elas caráter repressivo, descabendo qualquer analogia à sistemática concernente à pena¹⁵⁶.

Noutros casos os magistrados se posicionam pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, todavia, admitem que a sua incidência no âmbito infantoadolescente deve ser revestida de certa cautela. Tal posicionamento pode ser visto no seguinte julgado do Rio de Janeiro:

ECA. APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE FURTO. DESEJO DEFENSIVO DE IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO, SOB ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, DIANTE DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BAGATELA. SUBSIDIARIAMENTE, REQUESTO DE: 1) RECONHECIMENTO DA TENTATIVA; 2) ABRANDAMENTO DA MEDIDA PROTETIVA APLICADA.

[...]

Ademais, o norte da jurisdição menorista é pedagógico, de modo que o princípio da bagatela deve ser visto com reservas, pois são outras as necessidades, e outros, portanto, os parâmetros a serem observados. Segundo se depreende dos autos, o adolescente realizou a subtração com o fito de obter recursos para adquirir drogas. Sua conduta, portanto, distancia-se do princípio da insignificância, mormente diante do grave risco a que ele está submetido. O comportamento do adolescente, se considerado banal agora, sem o devido tratamento, pode tornar-se algo de extrema gravidade amanhã [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO¹⁵⁷. (Grifou-se).

Aqui o adolescente havia subtraído um moletom avaliado em R\$ 90,00 (noventa reais), com o objetivo de adquirir entorpecentes. O magistrado não afasta completamente a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais, contudo, no caso em comento, mesmo reconhecendo que a lesão ao bem jurídico foi de pequena expressão, foi afastada a aplicação do princípio bagatela, isso em razão das necessidades específicas do adolescente.

Desfrutando de semelhante entendimento é o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios¹⁵⁸:

APELAÇÃO - VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO - REJEIÇÃO - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO FURTO QUALIFICADO - ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO APLICAÇÃO - COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - NÃO CONFIGURAÇÃO - MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - SEMILIBERDADE - ADEQUAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA.

¹⁵⁶ TJMG, Apelação n. 1.0043.08.015594-8/001, rel. Des. José Antonino Baía Borges, j. 17-6-2009.

¹⁵⁷ TJRJ, Apelação n. 0001607-71.2010.8.19.0041, Rel. Des. Gilmar Augusto Teixeira, j. 16-11-2011.

¹⁵⁸ TJDF, Apelação n. 20120130087886APR, rel. Des. Humberto Adjunto Ulhoa, j. 5-12-2012.

[...]

4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA DEVE SER APLICADO DE FORMA MAIS CRITERIOSA NOS CASOS DE ATOS INFRACIONAIS, SOB PENA DE NÃO SER ALCANÇADO O OBJETIVO PROPOSTO PELO ECA, QUE VISA ADOTAR MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS COM CARÁTER RESSOCIALIZADOR E NÃO PUNITIVO. ASSIM, MOSTRA-SE INVIÁVEL A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SE O VALOR SUBTRAÍDO NÃO É IRRISÓRIO E A CONDUTA PRATICADA PELO ADOLESCENTE REVESTE-SE DE ALTA REPROVABILIDADE, POSSUINDO OUTROS REGISTROS POR ATOS INFRACIONAIS.

[...]

7. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Grifou-se).

No caso, o adolescente praticou ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal. O relator reconhece a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais, contudo, ressaltou que essa aplicação deve ser mais criteriosa do que na esfera penal.

Na situação em estudo, o magistrado afastou a aplicação de referido instrumento por considerar que, ante as necessidades pedagógicas do adolescente, a aplicação de uma medida socioeducativa seria a decisão mais adequada.

Conforme destacou, o adolescente fazia uso de entorpecentes, não frequentava a escola há 2 (dois) anos e estava inserido em um meio social comprometido com atividades ilícitas. Por tal razão, entendeu ser necessária a intervenção estatal com a aplicação de uma medida socioeducativa, como forma de ocupar a rotina do adolescente de maneira mais produtiva, sendo respeitada a proporcionalidade que deve existir entre a conduta, a condição pessoal do adolescente, além de serem observadas suas necessidades pedagógicas, sempre se dando preferência às medidas que fortaleçam os laços familiares e comunitários.

Em casos como os acima transcritos, os magistrados não afastam integralmente a possibilidade de incidência do princípio da insignificância aos atos infracionais, mas se vê que apresentam uma análise mais criteriosa do caso concreto, respaldada nos valores apregoados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, dentre as demais cortes estaduais, é um dos que apresenta menor divergência acerca do tema. Em seu acervo jurisprudencial são poucos os julgados que se manifestam pela impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais. Dentre eles, cita-se o seguinte julgado, do longínquo ano de 2001:

Ato infracional. Adolescente abordado, no retorno de excursão do Paraguai, na posse de quatrocentos pacotes de cigarros, de origem estrangeira e nacional, destinados ao comércio. Conduta correspondente ao artigo 334 do Código Penal. Medida sócio-educativa de advertência. Autoria e materialidade comprovadas. Princípio da Insignificância. Inaplicabilidade. Apelo defensivo improvido.

Para a prova da materialidade dos crimes definidos pelo artigo 334 do Código Penal e, por consequência, do ato infracional, não se faz necessário exame pericial a fim de averiguar a procedência da mercadoria, sendo suficiente qualquer outro meio, como a confissão do agente e o termo de apreensão. A conduta se amolda ao tipo ainda que se trate de reintrodução no Brasil, de mercadoria aqui fabricada, após ter sido exportada.

O Princípio da Insignificância tem a finalidade de atenuar as consequências exclusivamente penais, não se aplicando aos atos infracionais, cujas medidas sócio-educativas são aplicadas levando em conta o interesse do adolescente, tão-somente, independente da gravidade da conduta (art. 122, § 2º, do ECA). (TJSC, Apelação Criminal n. 2001.008114-8, de Tubarão, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 18-09-2001) (Sem grifos no original).

Mais recentemente:

APELAÇÃO / ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENA. SENTENÇA APLICANDO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE E OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE ENCONTRADA NA POSSE DA RES FURTIVA. DEPOIMENTOS DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHAS FIRMES E COERENTES EM AMBAS AS FASES. MATERIALIDADE E AUTORIA DO ATO INFRACIONAL DEMONSTRADAS. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NA ESFERA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, PORQUANTO FALA-SE EM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA NÃO EM PENA.** ALÉM DO NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS PARA CONFIGURAÇÃO DO ALUDIDO PRINCÍPIO. OCORRÊNCIA DO FURTO NA FORMA QUALIFICADA. VALOR DA RES FURTIVA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO IRRISÓRIO. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE ATENDE AOS FINS A QUE SE DESTINA, QUAL SEJA, A REEDUCAÇÃO DA ADOLESCENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2010.002895-1, de São Carlos, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 04-11-2010) (Grifou-se).

Por fim:

RECURSO DE APELAÇÃO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL) - ALMEJADA ABSOLVIÇÃO - INVIABILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHAS - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE AO ECA - CONDUCTA, ADEMAIS, PRATICADA MEDIANTE GRAVE AMEAÇA, COM EMPREGO DE ARMA. REQUERIMENTO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - DEFENSORA NOMEADA PARA APRESENTAR AS RAZÕES RECURSAIS - DEFERIMENTO - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/97. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2010.028714-6, de Videira, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 29-06-2010).

E do corpo do acórdão, colhe-se:

Sabe-se que o procedimento para averiguação de prática de ato infracional não objetiva a punição do adolescente, mas sim a aplicação de uma medida socioeducativa, ou seja, não há pena. A sanção serve como meio de defesa social e de intervenção no desenvolvimento do adolescente, vinda em favor deste.

Ainda que seja de valor ínfimo, a subtração de coisa alheia móvel por menor de dezoito anos não pode ser considerado fato insignificante a ponto de impedir a aplicação de qualquer medida socioeducativa.

Contudo, a questão que até então não era alvo de grandes animosidades dentro do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, neste mesmo ano de 2010, ganhou grande destaque com o julgamento da Apelação n. 2010.013655-7. Neste feito se discutia a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a um adolescente que subtraiu alimentos de um estabelecimento comercial.

No caso, o adolescente, irredutível com a sentença que julgou procedente a pretensão socioeducativa, recorreu da decisão, pleiteando a aplicação do princípio da insignificância. O *parquet*, representado pela Promotora de Justiça Helen Crystine Corrêa Sanches, pugnou pela manutenção do *decisum*.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto.

O apelo foi julgado pela Terceira Câmara Criminal que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, aplicando o princípio da insignificância ao adolescente. Na ocasião, o Exmo. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, que se manifestou pela impossibilidade de aplicação do instituto aos atos infracionais, lavrou voto vencido, que foi assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A FURTO TENTADO – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE AO ECA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O Princípio da Insignificância tem a finalidade de atenuar as consequências exclusivamente penais, e não incide nos atos infracionais, cujas medidas socioeducativas são aplicadas levando em conta, tão somente, o interesse do adolescente, independente da gravidade da conduta.

E expôs as razões de sua discordância dos demais membros da Câmara nos seguintes termos:

Dissenti da maioria, pois entendo que, com relação ao pedido de aplicação do princípio da insignificância, esse não deve prosperar, pois não se cogita o emprego de tal princípio quando se trata de ato infracional.

A finalidade da medida socioeducativa difere daquela que norteia a sistemática penal.

O procedimento para averiguação de prática de ato infracional não objetiva a punição do adolescente, mas sim a aplicação de uma medida socioeducativa, isso porque não há pena. A sanção serve como meio de defesa social e de intervenção no desenvolvimento do adolescente, vinda em seu favor.

E no parecer do Procurador de Justiça Sérgio Antônio Rizelo, conforme citado no voto vencido, afirmou-se que:

[...] com base na Doutrina de Proteção Integral, adotada pela Constituição Federal, há que se observar que a aplicação de medida socioeducativa tem por objetivo influir na formação ética e cidadã do Adolescente, na construção e

reconstrução da subjetividade, visando à formação de um adulto responsável e politicamente ativo.

Foram opostos Embargos Infringentes pelo Procurador de Justiça Ticho Brahe Fernandes, visando à prevalência do voto vencido do Exmo. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho¹⁵⁹.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo acolhimento dos Embargos Infringentes.

O feito, que teve como relator o Exmo. Des. Torres Marques, foi levado a julgamento em Seção Criminal do dia 25 de novembro de 2010. Na ocasião, os Desembargadores Irineu João da Silva, Hilton Cunha Júnior, Moacyr Moraes Lima Filho e Marli Mosimann Vargas votaram pelo provimento dos Embargos Infringentes e a consequente prevalência do voto vencido que se manifestava pela inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais.

Os Desembargadores Torres Marques, Salete Silva Sommariva, Alexandre d'Ivanenko e Newton Varella Júnior votaram pelo desprovimento dos Embargos e prevalência do acórdão embargado.

Como a votação findou empatada, foi aplicado o art. 141 do Regimento Interno do TJSC, que assim dispõe:

Art. 141 - Havendo empate na votação, observar-se-ão as seguintes normas:

[...]

III - nos embargos declaratórios, de nulidade ou infringentes do julgado, prevalecerá o acórdão recorrido, salvo se o julgamento versar sobre preliminar ou prejudicial de que não cogitou o referido acórdão;

Assim, aplicando-se o dispositivo supracitado, a decisão embargada, que defendia a aplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais, foi mantida, conforme segue:

EMBARGOS INFRINGENTES. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRETENDIDA A PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO NA APELAÇÃO, QUE VERSAVA SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ECA. DECISÃO EMPATADA. APLICABILIDADE DO ART. 141 DO RITJSC. PREVALÊNCIA DO ACÓRDÃO EMBARGADO. (TJSC, Embargos Infringentes n. 2010.061715-0, de Lages, rel. Des. Torres Marques, j. 25-11-2010).

Após o julgamento dos Embargos Infringentes, percebe-se que a questão foi praticamente apascentada dentro da Corte Catarinense de Justiça, havendo um forte entendimento no sentido de que o princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, sendo raros os entendimentos em sentido contrário.

¹⁵⁹ TJSC, Embargos Infringentes n. 2010.061715-0, rel. Des. Torres Marques, j. 25/11/2010.

A maior parte dos julgados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e mesmo nas demais Cortes Estaduais, que se manifestam pela adoção de tal instituto, quase que inevitavelmente, tomam por fundamentação a jurisprudência do STF e do STJ que mostra certa uniformidade quanto à possibilidade de incidência do princípio bagatelar à seara estatutária.

No STJ existe entendimento pacífico no sentido de que o princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, como mostram os julgados a seguir:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A FURTO. RES FURTIVA: MEMORY CARD AVALIADO EM R\$ 15,00, RESTITUÍDO À VÍTIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE MESMO ANTE O COMETIMENTO DO FATO POR MENORES. PRECEDENTES DO STJ. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA, PARA, APLICANDO O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, TRANCAR A REPRESENTAÇÃO PENAL.

1. A jurisprudência desta Corte tem pacificamente enunciado a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao fato cujo agente tenha praticado ato infracional equiparado a delito penal sem significativa repercussão social, lesão inexpressiva ao bem jurídico tutelado e diminuta periculosidade de seu autor.

Precedentes.

[...]

(HC 163.349/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 28/06/2010)

Contudo, embora a Corte admita a sua incidência na seara estatutária, percebe-se que nos últimos anos vem emergindo certa cautela em sua aplicação aos adolescentes. Ao consultar o acervo jurisprudência do STJ constata-se que emergem julgados que, mesmo admitindo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais, deixam de aplicá-lo, por entender que as necessidades individuais do adolescente recomendam a aplicação de uma medida socioeducativa.

Tal situação pode ser observada no seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. O princípio da insignificância tem aplicação na seara menorista, porém as circunstâncias do caso concreto não favorecem o paciente - usuário de drogas, com vários atos infracionais, que utiliza os frutos da vida infracional para manter o vício em entorpecentes pesados -, além de se mostrarem ineficazes as medidas socioeducativas mais brandas anteriormente aplicadas. Internação fundamentada no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Paciente que já obteve progressão para liberdade assistida.

3. Ordem denegada.

(HC 201.630/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012)

No caso, o magistrado reconheceu que o ato em si não era grave, pois o bem subtraído era de pequeno valor econômico e o ato infracional não foi praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Contudo, considerando que o adolescente já havia praticado inúmeros

outros atos infracionais, era usuário de crack e subtraiu o bem visando à obtenção de mais entorpecentes, entendeu-se que a aplicação de uma medida socioeducativa seria necessária para retirar o adolescente de ambiente propício ao cometimento de novos atos infracionais e para que fosse dado seguimento ao tratamento para drogadição que já vinha recebendo.

Ainda, adotando semelhante entendimento:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE FURTO. ART. 122, INCISO I, DO ECA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO, COM POSSIBILIDADE DE ATIVIDADES EXTERNAS. ADOLESCENTES DEPENDENTES QUÍMICOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que é possível o reconhecimento do princípio da insignificância nas condutas regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

[...]

3. Muito embora o princípio da insignificância incida sobre a seara menorista, os aspectos do caso concreto impedem sua aplicação, tendo em vista que os adolescentes, além de serem usuários de drogas, já praticaram vários atos infracionais, tendo sido ineficazes outras medidas socioeducativas mais brandas anteriormente aplicadas, tanto que se mantiveram na marginalidade.

[...]

(HC 225.607/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 05/03/2013)

O relator, ao fundamentar seu voto, toma por base o acórdão recorrido¹⁶⁰, onde assim se expôs:

Em relação ao princípio da insignificância e à medida socioeducativa, a solução que se apresenta no presente julgamento não é diferente daquela adotada em inúmeros outros processos envolvendo os adolescentes, tendo em vista que ambos retratam situação de extrema vulnerabilidade e comprometimento psíquico, em decorrência da dependência química.

[...]

O Estatuto da Criança e do Adolescente possui o condão de, por meio de medidas reeducadoras e ressocializantes, buscar o despertar do senso crítico do jovem acerca de sua conduta, bem como de suas consequências, quer no meio social, quer para ele o próprio.

[...]

Ocorre que, encontrando-se os adolescentes em peculiar estado de desenvolvimento, impõe-se a adoção de medidas tendentes a resgatá-los dos desvios de conduta, recuperando-os de eventuais falhas existentes em sua formação, razão da inaplicabilidade do instituto.

Assim, há casos tais, como na hipótese em exame, em que a aplicação do princípio invocado importaria em desconsiderar o fato de que ambos os adolescentes vêm fazendo da prática infracional sua rotina de vida, na busca de recursos para aquisição de drogas, conforme se verifica do conteúdo das certidões de antecedentes juntadas às fls. 126-132 e 133-143, assim como dos depoimentos prestados em Juízo (fls. 55 e verso e 58-59).

No caso, a situação de vulnerabilidade retratada nos autos exige forte atuação do Estado, por meio da imposição de medida socioeducativa e adoção de

¹⁶⁰ TJRS, Apelação Cível Nº 70044575751, Sétima Câmara Cível, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 19/10/2011.

mecanismos tendentes a resgatar esses adolescentes, preparando-os para o retorno ao convívio social e familiar, dotando-os de senso crítico que lhes permita uma possível mudança de comportamento.

Como se vê, apesar de aceitar a incidência do princípio da insignificância quanto aos atos infracionais, já grassa no STJ o entendimento que essa aplicação não pode se dar de forma indiscriminada. Em muitos casos, ante as necessidades especiais de cada adolescente, esse instrumento vem sendo afastado para se privilegiar o atendimento individualizado do autor do ato infracional, relegando para um segundo plano o valor do bem.

Esse olhar diferenciado também já está presente no Supremo Tribunal Federal, onde ainda reina o entendimento de que o princípio da insignificância pode vigorar em sede estatutária.

Para ilustrar o exposto, cita-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ASPECTOS RELEVANTES DO CASO CONCRETO. CARÁTER EDUCATIVO DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ORDEM DENEGADA. I - O princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, desde que verificados os requisitos necessários para a configuração do delito de bagatela. Precedente. II - O caso sob exame, todavia, apresenta aspectos particulares que impedem a aplicação do referido princípio. III - As medidas previstas no ECA têm caráter educativo, preventivo e protetor, não podendo o Estado ficar impedido de aplicá-las. IV - Ordem denegada. (HC 98381, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/10/2009)

No caso em estudo, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ofereceu representação em face de adolescente que praticou ato infracional equiparado ao crime descrito no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

No Tribunal gaúcho se adotou o entendimento de que o princípio da insignificância não se aplica aos atos infracionais, pois a medida socioeducativa não apresenta caráter punitivo.

A Defensoria Pública da União impetrou *Habeas Corpus* pleiteando a incidência do instrumento bagatelar, uma vez que a lesão econômica sofrida pela vítima se resumiria a módicos R\$ 90,00 (noventa reais).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, opinou pela denegação da ordem, isso em razão da não aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais.

Na espécie, o Douto Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a possibilidade de incidência de referido princípio em relação a ato praticado por adolescente. Ainda, no caso em exame, constatou que estavam satisfeitos os requisitos para configuração da bagatela, quais

sejam, conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprobabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.

Contudo, ante as necessidades pedagógicas demonstradas pelo adolescente, negou aplicação ao caso. Segundo o relator, o paciente era usuário de substâncias entorpecentes, chegando a vender objetos domésticos para adquiri-las. E seguiu:

Assim, tendo em conta o caráter educativo, preventivo e protetor das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, não parece desarrazoado o que foi decidido pelo Tribunal local, ou seja, a aplicação da medida socioeducativa consistente na liberdade assistida, pelo prazo de seis meses, mínimo previsto pelo art. 118 do ECA, além de sua inclusão em programa oficial ou comunitário para combater a dependência química (art. 101, VI, do ECA).

Apesar de entender que o princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, o Douto Julgador adotou como fundamentação parte do parecer do Subprocurador-Geral da República, que havia se manifestado pela impossibilidade de sua incidência à seara estatutária, nos seguintes termos:

Dadas as funções sociais das medidas socioeducativas, não pode o Estado ficar impossibilitado de aplicá-las, deixando de exercer seu papel constitucional de tutelar por suas crianças e adolescentes. Seria como impedir que um pai aplicasse a devida repreensão ao seu filho, de modo a evitar que não praticasse outras condutas erradas, ilegais.

O relator foi acompanhado pelos demais membros da Primeira Turma daquela Corte. O Ministro Marco Aurélio manifestou dúvidas a respeito da aplicação da teoria da bagatela ao Estatuto da Criança e do Adolescente, isso ante o caráter socioeducativo do diploma. Contudo, não adentrou mais pormenorizadamente ao mérito da questão, uma vez que o adolescente já apresentava o registro de outros atos infracionais, o que *de per si* afastaria a aplicação do princípio da insignificância.

O Ministro Carlos Britto, considerou que a decisão recorrida levou em consideração a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento das crianças e adolescente, conforme preceitua a Constituição. Ressaltou, ainda, que a medida socioeducativa aplicada era dever que se impunha para a tutela e proteção do adolescente.

Esse acórdão analisado, além de bem ilustrar a questão, é um dos mais citados pelas Cortes Estaduais e pelo STJ para fundamentar a aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais. Ressalta-se que, mesmo que tenha reconhecido a possibilidade de incidência de tal instituto na seara estatutária, o julgado reforça o entendimento de que a medida socioeducativa apresenta uma natureza pedagógica e se impõe como um dever estatal para interferir positivamente no processo educativo do adolescente autor de ato infracional. Tanto o é que a fundamentação adotada foi aquela mesma tecida no julgado do Tribunal de Justiça

do Rio Grande do Sul e no parecer do Subprocurador-Geral da República, ambos se manifestando pela inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais.

Poderia-se citar outros tantos julgados, contudo, os já transcritos se mostram suficientes para demonstrar que a questão, ao contrário do alegado por muitos, ainda não é pacífica nos Tribunais, havendo grande discordância quanto à possibilidade de aplicação de referido princípio em face dos atos infracionais e mesmo quanto à natureza das medidas socioeducativas.

Muitos magistrados aplicam o princípio da insignificância aos atos infracionais sem adentrar efetivamente ao mérito de tal questão, por vezes numa espécie de réplica mecânica de decisões dos Tribunais Superiores, sob o argumento de que se trata de um tema já apascentado. Tal posicionamento está presente nos Embargos Infringentes julgados pelo TJSC que formaram a orientação jurisprudencial de tal Corte, onde o relator alegou que “continuar adotando tese superada nos Tribunais Superiores seria obrar contra o próprio sistema judicial, uma vez que a tomada de decisões neste norte resultaria em acúmulo processual desnecessário”¹⁶¹.

Contudo, embora os Tribunais superiores apresentem um entendimento razoavelmente uniforme no sentido de que é possível a incidência de tal instituto aos casos afetos à área infantoadolescente, ao longo do país o tema ainda não repousa sob campos elísios havendo acirrada discussão acerca da natureza das medidas socioeducativas e da possibilidade de se adotar referido princípio em face dos atos infracionais. Assim, suscitar tal tema não implica, de modo algum, em fomentar uma jurisprudência lotérica¹⁶², mas sim em promover o debate de uma contenda não encerrada nas Cortes de Justiça Pátrias, tomando por norte os valores estatuídos pelo Legislador Estatutário e pela Doutrina da Proteção Integral, diferentemente de muitos dos julgados citados, que, além de uma inadequação linguística, também apresentam notáveis inconsistências materiais.

¹⁶¹ TJSC, Embargos Infringentes n. 2010.061715-0, de Lages, rel. Des. Torres Marques, j. 25-11-2010.

¹⁶² Conforme Souza, o fenômeno da jurisprudência lotérica é caracterizado pela existência de julgamentos dissonantes entre si em face de uma mesma questão jurídica. Assim, sentindo-se injustiçada diante do conhecimento de que outros em situação semelhante à sua receberam soluções que melhor convinham aos seus interesses, a parte desenvolve a lógica de uma apostador, preferindo, a despeito da morosidade do Judiciário e dos custos, interpor um recurso, que poderá ser provido em virtude de diferente interpretação empregada pelo colegiado. Deste modo, o Judiciário apresenta-se como uma casa lotérica, em que a parte aposta para obter a tutela pretendida, sem ter certeza de que receberá a decisão que lhe é devida. Sobre o tema, mais detalhadamente, ver: Souza, Camilla Lopes de. A (in)existência do conflito entre o sistema de precedentes e a independência do magistrado. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

3.2. A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS INFRACIONAIS

Dentre os julgados acima transcritos, este trabalho monográfico foi confeccionado filiando-se à corrente que entende ser inaplicável o princípio da insignificância aos atos infracionais. Não está se negando o imenso valor que tal instrumento apresenta ante o ordenamento pátrio, contudo, tal princípio foi especialmente moldado aos formatos típicos do Direito Penal. Por mais que se trate de uma ferramenta de exclusão da tipicidade e que visa inserir em tal ramo uma noção de proporcionalidade entre conduta e resposta estatal, a sua aplicação aos atos infracionais traz consigo alguns daqueles traços eminentemente penais.

O Direito Penal e o Direito da Criança e do Adolescente apresentam naturezas absolutamente distintas. Muito se difunde que a diferença entre os dois ramos se dá com a decisão final: enquanto na seara penal o adulto recebe uma pena, na estatutária o adolescente recebe uma medida socioeducativa. Este é um pensamento raso e que desconsidera a autonomia do Direito da Criança e do Adolescente. A diferença entre os dois ramos são muito maiores do que essa superficial distinção entre a decisão final aplicável aos adultos e adolescentes.

A finalidade do procedimento socioeducativo é o resgate do adolescente e o estímulo ao seu desenvolvimento físico, moral e psicológico. Os fins almejados pelo Estatuto não se externalizam tão somente no momento da aplicação de uma medida, mas sim desde o momento em que ocorre a prática do ato infracional.

Aqui, o representante do Ministério Público, titular exclusivo da ação socioeducativa, não atua como um frio e calculista inquisidor que almeja cegamente à aplicação de uma pena ao autor de uma conduta ilícita. O Promotor de Justiça, haja vista a gama de atribuições que lhe foram imputadas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, possui um importante papel na promoção dos direitos inerentes a essa categoria. Ao cumprir suas funções institucionais, o Promotor tem como finalidade mor o resgate da cidadania do adolescente e o estímulo ao seu desenvolvimento.

Conforme Bordallo, é demandado do Promotor um *plus*, que consiste na sensibilidade que deverá ter para lidar com as graves situações comportamentais e de crises familiares, sempre pautando sua atuação e suas decisões em benefício destes¹⁶³.

¹⁶³ Bordallo *Apud* Santa Catarina. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. Manual do Promotor de justiça da infância e juventude: o ato infracional e o sistema socioeducativo – v. 3/coordenado por Priscila Linhares Albino. Florianópolis: MPSC, 2013, p. 52.

O mesmo se estende ao magistrado, que aqui assume uma função mais ativa na efetivação dos princípios decorrentes da Doutrina da Proteção Integral. Em razão de o adolescente ser uma pessoa em desenvolvimento, pode o julgador, inclusive, contrariar certos dispositivos legais a fim de melhor proteger à criança e ao adolescente no caso concreto¹⁶⁴.

Deste modo, quando tratamos de atos infracionais devemos adotar uma sistemática própria, totalmente distinta da lógica penalista, sob pena de macular os fins almejados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Na prática, o que se observa é justamente a lógica contrária. Adota-se a legislação penal como fonte principal e as disposições estatutárias passam a um plano secundário, o que caracteriza clara afronta ao disposto na Constituição e às propostas da Doutrina da Proteção Integral. Esse exercício deturpado do sistema de responsabilização do adolescente é que dá azo à transposição indiscriminada de princípios penais à seara infantoadolescente, o que resulta em graves danos ao próprio sistema de responsabilização e, principalmente, ao adolescente.

A seguir, serão expostas as razões que, ao sentir do subscritor, justificam a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais.

3.2.1. A autonomia do Direito da Criança e do Adolescente

Há quem afirme que ao não se aplicar o princípio da insignificância aos atos infracionais estaria se aplicando ao adolescente um tratamento mais severo do que aquele destinado aos adultos, uma vez que ambos se encontram exatamente na mesma situação fática e jurídica, havendo assim, uma ofensa aos princípios estatutários e até mesmo ao princípio da isonomia.

Os defensores de tal ideia trilham por campos equívocos. Como já citado na belíssima Oração aos Moços de Rui Barbosa, a isonomia pressupõe um tratamento igualitário à pessoas em situações idênticas e um tratamento desigual àqueles que se encontram em situações desiguais.

Afirmar que um adolescente que subtrai um objeto de uma loja de encontra em idêntica situação fática e jurídica que um adulto que pratica semelhante ato é atentar contra todos os pilares lógicos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse não é um posicionamento exclusivo do intérprete ou do operador jurídico, uma vez que já foi adotado pelo próprio legislador que teceu referido diploma.

¹⁶⁴ Veronese, Josiane Rose Petry. Direito da Criança e do Adolescente: volume 5. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 18.

Diferentemente do alegado por alguns, o tratamento desigual entre adolescentes e adultos não implica em ofensa a qualquer princípio, mas se trata de um posicionamento corolário dos fins almejados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O legislador respaldou-se no fato de o adolescente ser uma pessoa ainda em desenvolvimento, um ser humano em célere processo de formação física, moral e psicológica. Em razão desse peculiar estado de incompletude é que também são maiores as chances de recuperação do adolescente. Assim, o legislador, acertadamente, optou por *responsabilizar* o adolescente em lugar de o *punir*, isso por meio de medidas de cunho predominantemente pedagógicas.

O aparelho jurídico-penal se mostra inadequado a essa missão de resgate da cidadania e de reintegração do adolescente. Tendo pleno conhecimento de tal situação, a Lei 8.069/1990 criou um procedimento autônomo e de natureza diversa dos procedimentos criminais, baseado num processo eminentemente pedagógico e norteado pelos valores, direitos e garantias aspergidos pela Doutrina da Proteção Integral.

Por isso, afirmar que o adolescente e o adulto, que praticam uma conduta tipicamente semelhante, encontram-se na mesma situação fática e jurídica é negar a autonomia do Direito da Criança e do Adolescente, de modo a promover uma perigosa aproximação entre os diplomas penal e o estatutário. Nesse sentido é a valiosa lição de Veronese e Lima¹⁶⁵:

Compreender o Direito da Criança e do Adolescente enquanto ramo jurídico autônomo significa reconhecê-lo como um subsistema jurídico dotado de regras, princípios e valores próprios.

A única relação existente entre o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito Penal se dá quanto aos tipos penais, no momento em que, por meio de uma técnica de tipificação delegada, onde aquelas condutas definidas como crime ou contravenção penal são utilizadas para descrever também as condutas que são consideradas atos infracionais.

Como bem aponta Ramidoff, o ato infracional em si é resultado de uma operação lógica e racional subsidiária da dogmática jurídico-penal que, na seara da infância e adolescência, identifica as condutas que se postam em conflito perante a lei. Pois, toda e qualquer conduta praticada por adolescente, recebe por similitude identificadora a orientação classificatória da estrutura do tipo próprio do Direito Penal vigente¹⁶⁶.

Veronese e Lima também desfrutam desse entendimento e ainda esclarecem que o único momento de aproximação entre os dois diplomas é quando da descrição da conduta

¹⁶⁵ Veronese, Josiane Rose Petry; Lima, Fernanda da Silva. Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 53.

¹⁶⁶ Ramidoff, Mário Luiz. A redução da idade penal: do estigma à subjetividade. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 124.

típica, sendo a forma de responsabilização pela prática do ato infracional submetida exclusivamente às normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶⁷.

Veronese ainda assevera:

Podemos afirmar que existe uma afinidade formal entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal, vez que os crimes tipificados na legislação penal correspondem materialmente aos atos infracionais. Entretanto, há uma gama de divergências principiológicas entre as duas leis¹⁶⁸.

Ao se defender a aplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais sob o argumento de que todas as garantias penais são aplicáveis indiscriminadamente também aos adolescentes, está se repudiando essa autonomia de que o Direito da Criança e do Adolescente desfruta e efetuando uma assemelhação estrutural entre o procedimento estatutário e o penal, jogando por terra todas as conquistas amealhadas pela sociedade quando da transição do “Direito do Menor” para a Doutrina da Proteção Integral.

Em sentido oposto ao aqui defendido, colhe-se da doutrina de Luiz Flávio Gomes:

A incidência do princípio da insignificância nos atos infracionais (tal como reconhecidos no ECA) é tese totalmente correta. Na verdade, o ECA não descreve (em regra) os delitos, apenas reconhece como atos infracionais os delitos e as contravenções penais. **Ora, tudo quanto se aplica para tais injustos penais automaticamente vale para os atos infracionais** (Grifou-se)¹⁶⁹.

Esse entendimento de aplicabilidade automática das garantias penais aos atos infracionais não merece prosperar. Conforme reza o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, na interpretação das disposições de tal diploma devem-se levar em consideração os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Essa regra norteadora da atividade interpretativa deve ser observada não só em relação aos dispositivos insculpidos no Estatuto, mas também quanto às demais disposições que são aplicáveis à seara estatutária mas não estão nele compreendidas expressamente.

Como já abordado anteriormente, o Estatuto não esgotou toda a matéria referente ao Direito da Criança e do Adolescente, existindo normas que tratam da matéria protetiva, mas se localizam no seio de outros diplomas. Essas normas que se referem à população infantoadolescente e não estão compreendidas no Estatuto são chamadas de *atópicas*.

¹⁶⁷ Veronese, Josiane Rose Petry; Lima, Fernanda da Silva. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁶⁸ Veronese, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?* – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 141.

¹⁶⁹ Gomes, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª ed. - São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013, p. 163.

Ainda, o art. 152 prevê que são aplicáveis aos procedimentos estatutários as normas gerais previstas na legislação processual pertinente. Assim, na apuração do ato infracional utilizam-se as disposições do Código de Processo Penal, do Código Penal e até mesmo do Código de Processo Civil.

Ao contrário do defendido pelo autor acima referido, essas normas atópicas não são recepcionadas automaticamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser adotada tão somente naquilo em que venha a se adequar aos fins protetivos apregoados pela Doutrina da Proteção Integral, por meio daqueles mesmos critérios interpretativos fixados no art. 6º, ECA.

O mesmo se aplica às garantias penais asseguradas aos adultos. Elas não podem ser indiscriminadamente aplicadas aos atos infracionais, sob pena de se desnaturar os fins pedagógicos que deveriam orientar a atuação na seara estatutária. Conforme Alexandre Morais da Rosa, todas as garantias precisam ser trabalhadas a partir da autonomia do Direito da Criança e do Adolescente e não de um ilusório Direito Penal Juvenil¹⁷⁰.

As velhas maneiras de se abordar a questão dos adolescentes envolvidos em atos infracionais não pode ser relegada a uma importância tangencial. Com a edição da Convenção Internacional da Criança e do Adolescente e do Estatuto, tal ramo adquiriu sua autonomia, não podendo mais ser considerado um apêndice do Direito Penal¹⁷¹.

Ainda, na ensinância do autor:

No campo do ato infracional, por expressa referência do art. 103, do ECA, aplicam-se as disposições do Código Penal na configuração do ato infracional [...] sem que tal situação implique a existência de um Direito Penal Juvenil como preconizam alguns iludidos pelo canto das sereias totalitárias de sempre. Não é preciso se amarrar no mastro e tampar os ouvidos com cera para se escapar da sedução, como precisou fazer *Ulisses*. Implica, todavia, a desalienação. É preciso entender-se de onde proveio a Justiça da Infância e Juventude (De Olmo) e para que serve o discurso cínico do Direito Penal, aproximando-se da Criminologia Crítica (Baratta). Se, mesmo depois de tal reflexão, continuarem na perspectiva do Direito Penal Juvenil, por certo, o farão assumindo suas posições tutelares, aliás, nunca abandonadas¹⁷².

Assim, não se pode falar que a equiparação típica entre ato infracional e crime ou a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e do Código Penal dá azo à transposição indiscriminada de seus institutos (mesmo que se tratem de garantias) ao Direito da Criança e do Adolescente. Isso não significa que o adolescente terá um tratamento mais severo do que

¹⁷⁰ Rosa, Alexandre Morais. Introdução Crítica ao ato infracional: Princípios e garantias Constitucionais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 8.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 5.

¹⁷² *Ibidem*, p. 8.

aquele aplicado ao adulto, mas que ele receberá um tratamento diferenciado e especializado às suas condições peculiares.

Neste sentido, colhe-se da Doutrina:

Sob este prisma, as garantias processuais penais gerais, estabelecidas na Constituição Federal e nas leis processuais, deverão ser utilizadas, subsidiariamente, na apuração do ato infracional, no processo de conhecimento e na execução das medidas aplicadas, naquilo que couber, for possível e adequado. Vale dizer que o menor de 18 anos tem todos os direitos dos adultos, que sejam compatíveis com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que ostentem¹⁷³.

É preciso ter em mente que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma linguagem própria, definindo conceitos relativos aos direitos e garantias da criança e do adolescente, como elaboração de um rito processual distinto do estatuto penal repressivo, próprio das condutas dos maiores imputáveis¹⁷⁴.

Sobre a relação entre ato infracional e o Direito Penal, Ramidoff¹⁷⁵ é mais um autor a reafirmar que o único momento de aproximação entre ambos é aquele em que se descreve a conduta tida como infracional:

O ato infracional, assim, é uma atitude praticada por adolescente que se aproxima, por comparação, a uma conduta de tipicidade objetivamente idêntica. E, **esta aproximação comparativa apenas se constitui num critério para identificar as atitudes ditas infracionais** pela importância que possam ter na sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, **e, jamais, para que se aplique - sequer, subsidiariamente - institutos jurídico-penais específicos e próprios à persecução penal operada na sistemática do Direito Penal, e isto é uma garantia fundamental** (Sem grifos no original).

Ou seja, a comparação entre ato infracional e crime, realizada no momento da identificação da conduta, não pode se estender aos demais elementos componentes da ação socioeducativa, sob pena de se contaminar o procedimento com aqueles instrumentos próprios do Direito Penal.

Embora comumente se afirme que a aplicação de todo e qualquer princípio penal ao adolescente autor de ato infracional representa uma garantia de que ele não será tratado mais severamente que o adulto, a real garantia consiste em se aplicar ao adolescente um procedimento próprio, estruturado por regras e princípios exclusivos do Direito da Criança e do Adolescente e adequado aos fins propostos pela Doutrina da Proteção Integral.

Neste sentido, segue o autor:

¹⁷³ Volpi e Saraiva *apud* Liberati, Wilson Donizeti. Direito da Criança e do adolescente. São Paulo: Rideel, 2007, p. 181.

¹⁷⁴ Veronese, Josiane Rose Petry. Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 108.

¹⁷⁵ Ramidoff, Mário Luiz. *Op. cit.*, p. 124.

[...] a referida lógica deve se limitar a tal finalidade, ou seja, identificação de um ato tido como infracional ou não, consoante aquele Estatuto protetivo, pois, as medidas aplicadas nesta seara são de cunho preferencialmente pedagógico (educativo) e assecuratório. Destarte, não se pode diversamente instrumentalizar com a lógica operada pelo ranço punitivo tão próprio ao sistema penal, senão, do sepultado Código de Menores, particularizando-o aqui e acolá na área da infância e juventude. A instrumentalidade do ato tido como infracional é identificadora tão somente e mais nada. A resposta à prática do ato tido como infracional, não deve ser uma mera lógica dedutível simplesmente do ordenamento jurídico, ainda que, especial, como que se aplicasse o princípio da causalidade - dada causa um certo efeito¹⁷⁶.

Ou seja, não se podem manejar os instrumentos estatutários como se penais fossem, pois se tratam de dois diplomas inteiramente distintos, havendo uma grande diferença entre seus valores estruturantes, como fica claro no quadro produzido por Veronese¹⁷⁷:

Diferenças entre o Sistema Estatutário (sociopedagógico) e o Direito Penal

■ **Estatuto da Criança e do Adolescente:**

- Educar
- Regra: não privação da liberdade
- Exceção: privação (brevidade e excepcionalidade)
- Medidas determinadas pela necessidade pedagógica art. 100, ECA
- Resgate social

■ **Direito Penal:**

- Punir, isolar
- Regra: privação da liberdade
- Exceção: penas alternativas – substitutas
- Relação direta entre ato e consequência: ameaça
 - Ex: art. 155, CP
- Retributividade

Deste modo, as garantias penais não podem ser transpostas indistintamente da seara penal à estatutária. Contudo, isso não implica em uma incomunicabilidade entre os dois diplomas. Aqueles princípios e garantias verificáveis no Direito Penal podem incidir no Direito da Criança e do Adolescente, desde que passem antes por uma “*filtragem estatutária*”.

Isso implica em uma criteriosa análise e seleção das regras e princípios que venham a se adequar aos fins a que se propõe o Estatuto da Criança e do Adolescente. Naquilo em que não se adequar aos fundamentos basilares da Doutrina da Proteção Integral e à condição

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ Veronese, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?* – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 265.

peculiar de pessoa em desenvolvimento ostentada pelos adolescentes, será rejeitado de plano ou mesmo adaptado aos moldes estatutários.

Ou seja, ao não se aplicar o princípio da insignificância aos atos infracionais realmente está se adotando um tratamento “desigual” em face do adolescente. Contudo, esse tratamento decorre da própria estrutura lógica do Direito da Criança e do Adolescente, onde se reconhece que o adolescente é um ser peculiar, devido à sua incompletude, e que tem como garantia fundamental a aplicação de uma sistemática autônoma e independente da lógica penalista, adequada às suas necessidades pedagógicas. A verdadeira violação aos seus direitos seria a aplicação automática e indiscriminada de um princípio penal aos atos infracionais, sem antes se indagar se ele realmente se mostra razoável aos fins pedagógicos a que se propõe o Estatuto.

3.2.2. Estatuto e sua aptidão para tratar dos casos “insignificantes”

Além da autonomia de que o Direito da Criança e do Adolescente desfruta, percebe-se que Estatuto apresenta instrumentos aptos a tratar dos casos ditos “insignificantes”.

No Direito Penal o princípio da insignificância assume um papel de grande importância, isso ante a própria natureza repressiva de tal ramo jurídico. Embora o Direito Penal tenha dentre seus desideratos o de ressocializar o agente que atentou contra a norma, é nítido que possui um caráter preponderantemente repressivo.

Ademais, dentre todos os ramos jurídicos, é o que atinge mais seriamente o indivíduo. Isso, pois em sua missão de manter a harmonia social, ele penetra violentamente a esfera jurídica do cidadão e lhe cerceia abruptamente seus direitos mais fundamentais. A regra é o tolhimento da liberdade do indivíduo, mas mesmo nos casos em que se aplicam penalidades alternativas à detenção ou reclusão atinge de forma brutal o réu, limitando-lhe gravemente algum direito fundamental.

A aparelhagem jurídico-penal se mostra, de certo modo, inadequada para tratar dos casos em que o bem juridicamente tutelado sofre um dano de pequena gravidade. Assim, buscando inserir essa medida de proporcionalidade entre a conduta e a pena, o princípio da insignificância foi moldado conforme os traços penais para afastar uma resposta estatal daqueles casos de pouca relevância.

Ao se aplicar o princípio da insignificância a uma conduta formalmente típica não se está afirmando que ela é irrelevante juridicamente, mas apenas penalmente. Por se tratar de uma medida extrema, o Direito Penal deve ser utilizado tão somente nos casos em que outros

instrumentos jurídicos se mostrarem ineficientes. Assim, afasta-se tão somente a resposta penal, mas ainda existe a possibilidade de adoção de outras medidas mais suaves em face do indivíduo, tal como administrativas ou cíveis.

Contudo, ao analisar pormenorizadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se que ele apresenta instrumentos aptos a tratar dos casos “insignificantes”. Esse diploma, mais do que uma resposta estatal à vítima ou a punição do agente, busca dar uma resposta à sociedade, que nutre interesse na intervenção pedagógica sobre o adolescente autor do ato infracional, e também ao adolescente, que nos ditames do diploma estatutário possui o direito de ver o estado atuar positivamente em sua formação física, moral e psicológica. A natureza estatutária é totalmente diversa da penal, e a consciência do legislador acerca dessa distinção influenciou diretamente nos moldes utilizados para cunhar o procedimento de apuração do ato infracional e as medidas que são aplicáveis ao adolescente.

Levando em consideração que o Estatuto da Criança e do Adolescente se refere às pessoas com idade até 18 (dezoito) anos de idade, que estão em formação e apresentam diferentes graus de formação física, psicológica e moral, as medidas aplicáveis aos adolescentes também contam com um sistema gradativo de intensidade, para melhor se adequar às necessidades de cada indivíduo.

Em caso de prática de ato infracional, o art. 112 prevê a possibilidade de aplicação das seguintes medidas ao adolescente:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

E quanto às medidas referidas no inciso VII:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; [...].

Ainda, na aplicação da medida socioeducativa o magistrado deverá levar em consideração as disposições do art. 100 (conforme o art. 113), do qual destacamos os seguintes elementos:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...]

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada; [...].

Como pode se ver, não existe a fixação de uma correlação entre o ato infracional praticado e a medida aplicável. Na verificação de cada caso concreto, o julgador irá aplicar uma medida proporcional às circunstâncias, à gravidade da infração (art. 112, §1º, *in fine*) e às necessidades pedagógicas do adolescente, dando sempre preferência àquelas que fortaleçam os vínculos familiares e comunitários.

Contudo, como bem alerta Veronese, não se pode concluir apressadamente, por vício adquirido na aplicação da pena ao adulto, que a gravidade da infração deva ser aferida em razão do que o Código Penal estipula em tempo de privação de liberdade, ou seja, que a infração mais grave é a que recebe tratamento mais duro no sistema punitivo¹⁷⁸.

É preciso esclarecer que quando se fala em proporcionalidade, está-se referindo não somente à gravidade da infração ou às circunstâncias, mas também às necessidades pedagógicas do adolescente. Nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), tal prática foi consagrada como um dos princípios norteadores da decisão judicial e das medidas, nos seguintes termos:

- 17.1. A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios:
- a) A resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade.

E não é só no momento da aplicação da medida socioeducativa que os operadores jurídicos devem se pautar pelo senso de proporcionalidade, mas também no momento de sua execução. O art. 35, inciso I, da Lei 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de

¹⁷⁸ Veronese, Josiane Rose Petry. Direito da Criança e do Adolescente: volume 5. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 90.

Atendimento Socioeducativo (SINASE), assevera que a execução da medida socioeducativa deve ser regida pelo princípio da proporcionalidade em relação à ofensa cometida.

Ou seja, percebe-se que, não só a medida socioeducativa, mas toda a aparelhagem jurídica voltada ao adolescente autor de ato infracional é norteadada por essa relação de proporcionalidade.

Entretanto, ao falar de “proporcionalidade” na seara estatutária, ela é muito mais complexa do que aquela verificável no Direito Penal. Isso porque, ao escolher a medida mais adequada ao adolescente, o magistrado não se respalda em vetores objetivos, como aqueles consagrados pelo STF para a aplicação do princípio da insignificância. Aqui o conceito de proporcionalidade liga-se umbilicalmente às necessidades pedagógicas demonstradas pelo adolescente, que no caso concreto podem assumir as mais diferentes formas.

Tendo isso em mente, o legislador estatutário não adotou um sistema fixo de correspondência entre ato praticado e medida aplicável, a exemplo dos preceitos primários e secundários no Direito Penal. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu um rol de medidas socioeducativas e protetivas, onde se vê uma nítida escala gradativa de intensidade das medidas adotáveis, possibilitando ao magistrado optar pela mais adequada e proporcional ao caso concreto.

Assim, como bem afirma Ishida, atos infracionais de menor gravidade admitem medidas mais brandas, como a advertência, e os atos infracionais mais graves, como o equiparado ao crime de tráfico de drogas, podem vir a ensejar uma medida mais rigorosa, como a internação, semiliberdade e a liberdade assistida¹⁷⁹.

Há de se consignar, ainda, que não existe a obrigatoriedade de incidência de uma medida socioeducativa. Em observância às necessidades do adolescente autor de ato infracional, o magistrado pode tão somente aplicar uma medida protetiva. Tal situação é vislumbrável no seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE RECEPÇÃO. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL ARQUIVADA EM RELAÇÃO AO PACIENTE. APLICADA MEDIDA PROTETIVA DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO CONTINUADO. SUSTENTADA A ILEGALIDADE DA DECISÃO. ATO JUDICIAL ESCORREITO. EXEGESE DOS ARTS. 98, I, E 101, V, DO ECA. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE EVIDENCIAM SITUAÇÃO DE RISCO. MEDIDA LEGÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

- Verificado que adolescente está em situação de risco devido as suas próprias condutas, é viável a aplicação da medida protetiva de tratamento psicológico continuado, nos termos dos arts. 98, III, e 101, V, ambos do ECA.

¹⁷⁹ Ishida, Valter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015, p. 293.

- Parecer da PGJ pela concessão parcial da ordem.
- Ordem denegada. (TJSC, Habeas Corpus n. 2015.006667-1, de São José, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 03-03-2015).

No caso em comento, foi atribuída ao adolescente a autoria de ato infracional equiparado ao crime de receptação. O representante ministerial entendeu não ser oportuno o oferecimento de representação em face do adolescente, contudo, considerado que o seu desenvolvimento se encontrava prejudicado pela ocorrência de traumáticos fatos pretéritos, manifestou-se pelo arquivamento do feito com a aplicação de uma medida protetiva de tratamento psicológico.

O magistrado adotou o entendimento esposado pelo Promotor de Justiça e aplicou tão somente a medida protetiva. Este caso mostra como o conceito de proporcionalidade admite novos tons quando na seara estatutária. No Direito Penal essa relação de proporcionalidade proposta pelo princípio da insignificância se estabelece entre a conduta e a pena. No Direito da Criança e do Adolescente essa relação de proporcionalidade se dá primordialmente em face das necessidades pedagógicas do adolescente, nos termos do já citado item 17.1 das Regras de Beijing.

O Direito da Criança e do Adolescente mais do que se ocupar do valor financeiro de bens juridicamente tutelados, tem como foco principal o desenvolvimento do adolescente autor de ato infracional. O valor mercadológico de um bem subtraído, por exemplo, é relegado a um segundo plano, devendo-se dar atenção ao autor do ato infracional. E nesta verificação da situação do adolescente, o magistrado não se vê obrigado a adotar determinada medida socioeducativa.

Mesmo nos casos em que a lesão se mostra mais elevada, caso venha a se constatar que há uma possibilidade maior de recuperação do adolescente junto à família, o magistrado pode optar pela aplicação de uma medida mais branda ou um acompanhamento mais próximo do setor técnico e da própria família¹⁸⁰.

Mas no que diz respeito exclusivamente às medidas socioeducativas, uma detida análise do art. 112 mostra o rol ali insculpido apresenta uma relevante escala gradativa na intensidade das medidas. A mais branda delas é a advertência, que consiste em uma admoestação verbal aplicada pelo magistrado e reduzida a termo.

Veronese destaca que a advertência almeja (re)educar o adolescente, estimulando-o a não cometer novas infrações. A crítica proferida pela autoridade judiciária se dá em relação à conduta do adolescente, e não à sua pessoa. Essa medida é recomendada no primeiro contato

¹⁸⁰ Idem.

do adolescente com o Poder Judiciário, partindo-se da ideia de que a infração é uma exceção da conduta do adolescente¹⁸¹.

Essa é uma medida que se esgota em si mesma e normalmente é própria aos atos infracionais mais leves. Guaraci Vianna destaca a possibilidade de essa medida aplicada também aos casos em que a infração se reveste de uma gravidade maior, sendo o adolescente primário ou ocasionalmente praticado a infração, de modo a presumir-se que seja suficiente¹⁸².

Já a medida mais severa é a de internação, que vem a privar o adolescente de sua liberdade, mas fica sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à peculiar condição e pessoa em desenvolvimento. Essa medida é destinada aos casos mais graves e deve ser utilizada como uma *ultima ratio*, ou seja, somente quando da inexistência de outra medida socioeducativa mais adequada (art. 122, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Destarte, enquanto no Direito Penal a regra é a privação de liberdade, no Direito da Criança e do Adolescente essa é uma medida excepcional, somente adotada quando as demais medidas falharem.

Em outros termos, na aplicação de uma medida socioeducativa a um adolescente autor de ato infracional a lógica é totalmente inversa. A regra é a aplicação de uma medida com a maior carga pedagógica possível, partindo-se da advertência em direção à internação, em busca da medida mais adequada e proporcional às necessidades do adolescente.

A medida socioeducativa é um instrumento apto a interferir positivamente no processo educativo do adolescente. Entretanto, mesmo admitindo-se que ela possui natureza preponderantemente pedagógica, há casos que demonstram que sua incidência em face do adolescente autor de ato infracional se mostra desnecessária.

Isso se dá naquelas situações em que o adolescente não apresenta tão latentes necessidades pedagógicas e a aplicação de uma medida poderia desvirtuar um processo pedagógico que, de certo modo, se mostra saudável.

¹⁸¹ Veronese, Josiane Rose Petry; Silveira, Mayra. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 256.

¹⁸² Vianna, Guaraci de Campos. Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 385.

Conforme Olympio de Sá Sotto Maior, a decisão desproporcional ou que não guarde qualquer relação com o ato infracional praticado tenderá a perder o contato com o processo educativo que lhe dá razão de existir, restando, neste aspecto, inócua ou injusta¹⁸³.

Em determinadas situações, levando-se em consideração primeiramente as circunstâncias pessoais do adolescente, e não o valor econômico do bem lesado, pode o magistrado optar pela não aplicação de uma medida socioeducativa, por entender que se mostrariam desproporcionais às necessidades manifestadas pelo adolescente.

Como bem observa Veronese, o *caput* do art. 112 emprega a expressão “poderá aplicar ao adolescente”. Ou seja, a aplicação das medidas socioeducativas não é obrigatória, uma vez que a remissão é possível e se declara em outros dispositivos do Estatuto (art. 126 e seguintes)¹⁸⁴.

Nos casos em que o ato infracional se reveste de pequena gravidade, o instituto da remissão surge como um eficaz instrumento de minoração dos efeitos negativos que o procedimento judicial pode ter sobre o adolescente.

Existem dois tipos de remissão. A primeira é aquela oferecida pelo Promotor de Justiça antes de iniciado o procedimento de apuração do ato infracional, podendo ser condicionada ao cumprimento de medida socioeducativa. A remissão ministerial sempre é ofertada como meio de exclusão do procedimento.

A segunda modalidade de remissão é aquela oferecida pelo magistrado após o início do procedimento de apuração do ato infracional. Aqui a remissão pode implicar na extinção do procedimento, como um simples perdão, ou como forma de suspensão do procedimento, mediante o cumprimento de uma medida socioeducativa.

Na lição de Veronese e Silveira, a remissão, seja a oferecida pelo Ministério Público, seja a transacionada com a autoridade judiciária, só é conferida em razão da pequena gravidade do ato infracional e das condições favoráveis a sua oferta¹⁸⁵.

Deste modo, a remissão se mostra uma ferramenta deveras apropriada aos casos “insignificantes”, mostrando-se mais eficaz e apropriado do que o uso do princípio da insignificância. Isso porque, mais do que levar em consideração meros vetores objetivos relativos à conduta e à lesão sofrida pelo bem juridicamente tutelado, volta-se à personalidade e às demais condições pessoais do adolescente.

¹⁸³ Sotto Maior Neto, Olympio. In Cury, Munir; Amaral, Antonio Fernando do; Mendes, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42.

¹⁸⁴ Veronese, Josiane Rose Petry. Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 230.

¹⁸⁵ Veronese, Josiane Rose Petry; Silveira, Mayra. *Op. cit.*, p. 287.

Neste sentido, é o entendimento esposado no seguinte julgado:

EMBARGOS INFRINGENTES. ECA. ATO INFRACIONAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Reconhecer a incidência do princípio da insignificância nos atos infracionais vai de encontro aos ditames da Lei 8.069/90, uma vez que aos praticantes de atos infracionais são aplicadas medidas socioeducativas ou de proteção, justamente com o objetivo de recuperar o indivíduo enquanto em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. **Além disso, para os casos de baixa reprovação da conduta, há tratamento legal específico, haja vista a possibilidade de se conceder remissão.** EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70042625350, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/06/2011) (Grifou-se).

Noutra ocasião, quando do julgamento da Apelação n. 70035242924, a Corte de Justiça Gaúcha, em Acórdão também relatado pelo Exmo. Des. Alzir Felipe Schmitz, já havia se manifestado pela possibilidade de incidência da remissão nos casos “insignificantes”, nos seguintes termos:

Outrossim, com a vênua dos posicionamentos divergentes, avaliando todo o exposto na Lei 8.069/90, reconhecer que ato infracional de baixa periculosidade não acarreta a aplicação de medida socioeducativa pelo Princípio da Insignificância, vai de encontro aos ditames da referida legislação, uma vez que para os casos de baixa reprovação da conduta há tratamento legal específico, haja vista a possibilidade de se conceder a remissão .

Desse modo, entendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente já indica todo o procedimento destinado aos jovens que praticam atos infracionais ou condutas desviadas abarcando, inclusive, as ações de menor potencial ofensivo.

Por conseguinte, existindo na legislação afeita aos adolescentes o tratamento legal próprio, não há razão para aplicação subsidiária do previsto no Direito Penal.

A sua aplicação enseja uma análise global da situação social, moral e psicológica do adolescente. A depender do caso concreto, considerando que o ato infracional reveste-se de pequena gravidade e o adolescente não apresenta tão latentes necessidades pedagógicas, o seguimento do procedimento de apuração do ato infracional pode gerar efeitos negativos sobre o autor do ato infracional. Mas, ressalta-se, a suspensão ou extinção do feito se dá com respaldo prioritário nas condições pessoais do adolescente, e não meramente em razão da extensão da lesão experimentada pelo bem jurídico.

Conforme José Luiz Mônaco da Silva:

Como regra, a remissão aplica-se aos atos infracionais de menor potencial ofensivo. Mas, [...] o ato de remir levará em conta, também, a pessoa do adolescente (se ele apresenta boa base familiar e se sua personalidade se acha amoldada ao meio social), conforme, aliás, prevê o art. 126, *caput*. Em se tratando, porém, de atos infracionais graves [...], cremos inviável a concessão da remissão¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Silva, José Luiz Mônaco da. Estatuto da Criança e do Adolescente: 852 perguntas e respostas. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 231.

Enquanto no sistema penal vigora o princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir a remissão como meio de extinção do feito, adotou o princípio da oportunidade. Ou seja, é conferido ao *Parquet* a faculdade de invocar ou não a tutela jurisdicional.

Conforme a doutrina:

Por outro lado, dispõe o Parquet, na sistemática processual do Estatuto, de um juízo de valor acerca da necessidade de propositura da ação socioeducativa, a qual só deve ser instaurada após ultrapassada a fase de sopeso entre as possibilidades de arquivamento e remissão (art. 182, caput, do ECA). Em outras palavras, na seara criminal, quando se tratar de ação de iniciativa pública incondicionada, tem o Promotor de Justiça a obrigatoriedade de a propor, no interesse direto da sociedade. Já na esfera infracional – em virtude da especificidade da natureza das medidas socioeducativas e da particular condição dos adolescentes, seus destinatários, como pessoas em desenvolvimento – foi conferida ao membro do Ministério Público a faculdade de avaliar, paralelamente ao interesse social na repreensão da conduta ilícita, qual o caminho que melhor assegurará a efetiva ressocialização do autor do ato¹⁸⁷.

Vê-se que tal instrumento se alinha perfeitamente à tônica da celeridade que deve permear o procedimento de apuração do ato infracional. Isso, pois, o adolescente é uma pessoa em acelerado processo de transformação. Assim, uma decisão em relação ao adolescente, se tardia, pode não ser mais condizente com o seu atual estágio de desenvolvimento¹⁸⁸.

Este mecanismo também consagra o princípio da brevidade, pois, a exposição prolongada e indevida do adolescente ao procedimento de apuração do ato infracional pode repercutir efeitos negativos sobre ele.

Como bem se destaca no Manual do Promotor de Justiça da Infância e Juventude elaborado pelo MPSC, o processo de passagem por uma delegacia de polícia, somado às orientações familiares, podem constituir fatos mais do que suficientes para levar o adolescente a refletir sobre sua conduta, sem necessidade de cumprimento de uma medida socioeducativa¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Amin, Andréa Rodrigues; Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 817.

¹⁸⁸ Rosa, Alexandre Moraes. *Op. cit.*, p. 204: Esquece-se (in)conscientemente que a adolescência, para efeitos legais, engloba um período de apenas seis anos (12 aos 18 anos), podendo se aplicar medidas até os 21 anos (ECA, art. 2º, parágrafo único). Neste curto espaço de tempo, no qual as mudanças subjetivas são constantes e muito rápidas, além da prescrição, deve-se perceber que, se as respostas não forem imediatas, inexistirá vinculação do ato praticado e a medida imposta. Por isso que a imediatabilidade deve ser a regra, respeitando, de qualquer sorte, as normas processuais. Isto porque, longos espaços de tempo tornam a resposta estatal dissociada de qualquer parametricidade com a conduta praticada.

¹⁸⁹ Santa Catarina. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. Manual do Promotor de Justiça da infância e Juventude/Coordenação-Geral do Promotor de Justiça Marcelo Gomes Silva; elaboração técnica de Mayra Silveira; supervisão da Subprocuradoria-Geral de Justiça- Florianópolis: Coordenadoria de Comunicação Social, 2008, p. 232.

Destarte, o instituto da remissão, considerando que a finalidade do procedimento socioeducativo já foi atingido antes mesmo de findar seu curso, permite o encerramento do feito antecipadamente, de modo a não influenciar negativamente no processo educativo do adolescente autor de ato infracional.

Enquanto o princípio da insignificância propicia a extinção do feito pautando-se em vetores objetivos que relacionam-se quase que exclusivamente à proporção da lesão jurídica, a remissão, à luz dos princípios estatutários, enseja uma análise valorativa muito mais ampla por parte do magistrado singular, que deve contemplar as necessidades pedagógicas do adolescente, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional (art. 126, *caput*, *in fine*).

Em suma, a ideia de proporcionalidade que por vezes se mostra ausente no Direito Penal quando da verificação de um caso concreto, estava já presente na pauta do legislador estatutário, que criou mecanismos aptos a tratar dos casos “insignificantes”, mas dando especial enfoque ao adolescente e não ao bem vitimado pela prática do ato infracional. Por tal razão, deve-se priorizar o uso dos instrumentos estatutários em face dos tipicamente penais, sob pena de recrudescimento do procedimento de apuração do ato infracional e do processo de resgate da cidadania do seu autor.

Em uma analogia livre, o Direito Penal seria um gigante com luvas de ferro, incapaz de tratar aquelas lesões mais sutis, sob o risco de causar um dano maior do que o originariamente constatado. Por outro lado, o Direito da Criança e do Adolescente foi moldado para atuar cirurgicamente, apresentando instrumentos para tratar daqueles casos revestidos de maior gravidade, bem como daqueles em que os danos resultantes do ato infracionais e as máculas educacionais do adolescente se mostram de pouca relevância.

3.2.3. A natureza das medidas socioeducativas

Quando da verificação da possibilidade de aplicação ou não do princípio da insignificância aos atos infracionais, de forma quase inevitável, a discussão acaba por contemplar a natureza das medidas socioeducativas.

Como bem aponta Valter Kenji Ishida, existe uma divisão entre aqueles que analisam a natureza, a finalidade e os parâmetros da Responsabilização Estatutária¹⁹⁰. A primeira

¹⁹⁰ Ishida, Valter Kenji. *Op. cit.*, p. 258.

corrente é aquela que se filia ao Direito Penal Juvenil, para o qual, além do caráter pedagógico da medida socioeducativa, haveria nitidamente na sua execução, um verdadeiro caráter retributivo. Assim, a extensão das garantias penais e processuais penais asseguraria uma isonomia entre o adulto que pratica um crime e o adolescente que pratica um ato infracional¹⁹¹. A Segunda corrente é aquela que mantém o purismo da medida socioeducativa, considerando-a essencialmente como medida socioeducativa¹⁹².

Referido autor ressalta que o primeiro posicionamento vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁹³, o que se mostra deveras preocupante. Em lugar de se atuar com vista à implementação e otimização do novo Direito da Criança e do Adolescente e dos princípios decorrentes da Doutrina da Proteção Integral, prefere-se promover uma perigosa aproximação das searas estatutária e penal. Veronese e Silveira, ao comentar a Súmula 338¹⁹⁴ do STJ, também revelam certa consternação com os rumos tomados pelas decisões que emanam daquela Corte Superior:

Preocupa-nos tal posicionamento, levando em conta que se visualiza, cada vez mais, no entendimento da maioria dos tribunais, que a natureza retributiva e repressiva parece estar preponderando. A prática deturpada das medidas socioeducativas está subvertendo a posição do Direito e de seus operadores. Em vez de se investir esforços na implementação da natureza pedagógica das medidas aplicáveis a adolescentes, assistimos a um frenético quadro de penalização dos inimputáveis, sob um suposto manto garantista¹⁹⁵.

Para os defensores do Direito Penal Juvenil, a medida socioeducativa tem um nítido caráter penal, incidindo sobre o adolescente com fins de retribuição e punição, pouco se diferenciando das penas aplicáveis aos adultos.

Karyna Batista Sposato se filia a tal linha. A autora afirma que com a utilização dos tipos penais de adultos para definir os atos infracionais, por consequência lógica, as medidas socioeducativas e sua execução não se dissociam da política criminal, constituindo, assim, um sistema formalizado de controle penal sobre a adolescência¹⁹⁶.

Contudo, como bem se ressalta no Manual desenvolvido pelo *Parquet* Catarinense, a definição do ato infracional como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” não empresta caráter penal à medida socioeducativa. Tendo em vista que na legislação penal já havia uma descrição de uma série de condutas socialmente não aceitas e, diante da constante

¹⁹¹ *Idem.*

¹⁹² *Idem.*

¹⁹³ *Idem.*

¹⁹⁴ Súmula 338, Terceira Seção, julgado em 09/05/2007, DJ 16/05/2007: A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas.

¹⁹⁵ Veronese, Josiane Rose Petry; Silveira, Mayra. *Op. cit.*, p. 233.

¹⁹⁶ Sposato, Karyna Batista. *In* Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e tratamento do Delinquente (ILANUD). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 253.

modificação das leis penais, com a inclusão e exclusão de condutas, o legislador entendeu ser mais econômico apenas equipará-las, mas sem dar às medidas estatutárias o caráter de pena¹⁹⁷.

Ressalta-se que a aproximação é tão somente no que se refere à tipificação. Não há de se falar em um Direito Penal Juvenil como um microssistema próprio, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, que recorre ao Direito Penal apenas em determinadas situações.

Neste sentido, é a lição de Silva:

Não existe, de forma alguma, como disseminar a cultura de aplicar apenas determinados institutos do Direito Penal (direitos e garantias materiais e processuais) em prol dos adolescentes, como se pudesse dividi-lo. Não é ele um objeto passível de fragmentação, caso o fosse, já teria sido utilizado para a responsabilização dos adultos. Ao contrário, ao se adotar o Direito Penal Juvenil, está a se comprar o pacote completo, com ônus e bônus¹⁹⁸.

Em sentido contrário ao apregoado pelos defensores do Direito Penal Juvenil, Olympio de Sá Sotto Maior Neto assevera que a medida socioeducativa – em sua essência – em nada tem a ver com a pena, embora ambas apresentem o propósito de responder à prática de atos previstos como ilícitos¹⁹⁹. O autor prossegue afirmando que pelo pensamento majoritário da doutrina criminal, a finalidade da pena é tão somente de retribuição à prática do delito, não contemplando o propósito de emenda ou ressocialização do condenado, enquanto a medida socioeducativa apresenta caráter eminentemente pedagógico, tendente a interferir no processo de desenvolvimento do adolescente autor de ato infracional objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social²⁰⁰.

E segue:

Se no que tange ao Direito Penal o Estado se desincumbe de sua tarefa de sua tarefa quando torna obrigatório o cumprimento – e executa – a sanção imposta, na área do adolescente autor de ato infracional a exigência é maior: ao executar a medida socioeducativa imposta, o Estado tem também a obrigação de interferir positivamente no processo de desenvolvimento do adolescente, educando-o para a vida na reafirmação de valores éticos-sociais e tratando-o como alguém que pode se transformar, que é capaz de aprender moralmente e de se modificar. Se para a Justiça Penal pouco importa a transformação do condenado em cidadão de melhor categoria, isso se constitui um **dever** a ser observado pelo sistema de atendimento ao adolescente autor de ato infracional²⁰¹.

¹⁹⁷ Santa Catarina. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. Manual do Promotor de justiça da infância e juventude: o ato infracional e o sistema socioeducativo – v. 3/coordenado por Priscila Linhares Albino. Florianópolis: MPSC, 2013, p. 31.

¹⁹⁸ Silva, Marcelo Gomes. Ato infracional e garantias: uma crítica ao direito penal juvenil. Florianópolis: Editora Conceito, 2008. p. 98.

¹⁹⁹ Sotto Maior Neto, Olympio de Sá. In Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e tratamento do Delinquente (ILANUD). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 145.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem.

Ou seja, a medida socioeducativa não tem como desiderato a punição do adolescente, mas tão somente a sua responsabilização por meio de instrumentos de cunho pedagógico e social, aptos a proporcionar ao autor do ato infracional a sua educação e inserção na sociedade.

Por tal razão, Veronese e Oliveira colocam as medidas socioeducativas e as medidas específicas de proteção lado a lado, sendo ambas pertencentes a um gênero comum: medidas de proteção²⁰².

Diferentemente do Direito Penal, na ação socioeducativa, quando da aplicação de uma medida, o adolescente não é reduzido a um mero objeto passivo de uma sanção punitiva. Na seara estatutária o adolescente é alçado ao posto de sujeito de direitos, fazendo jus a uma atuação positiva do Estado em seu processo educativo.

Também neste sentido, colhe-se da ensinança de Mônaco:

Medidas socioeducativas são medidas instituídas pelo ECA em benefício do adolescente autor de ato infracional. A finalidade delas é reeducar o jovem, fazendo com que ele aprenda a pautar-se de acordo com as normas legais vigentes²⁰³.

Guaraci de Campos Viana é mais um que se opõe à errônea assemelhação entre medidas socioeducativas e pena ao afirmar que “as finalidades das penas e das medidas socioeducativas não são as mesmas”. E ainda destaca que “além de diferentes o modo de execução, a instituição e os personagens, a medida socioeducativa tem por finalidades preponderantes a prevenção e a reeducação”²⁰⁴.

Rossato, Lépure e Cunha afirmam que essa tutela pedagógica do adolescente tem dentro de suas características a instrumentalidade e a precariedade. A primeira consiste em instrumento de defesa social e educação do adolescente. Já a precariedade conduz à provisoriedade das medidas jurídicas adotadas, de modo que, cumprida a sua finalidade, esgotada está a finalidade da tutela²⁰⁵.

Ainda, há de se consignar que, na precisa lição de Veronese e Oliveira, as medidas socioeducativas são **medida sociais**, ou seja, o adolescente autor do ato infracional é um ser social e não uma patologia ou uma lacra moral que deve ser *objeto* de um tratamento²⁰⁶.

As autoras destacam ainda que as medidas são **educativas**, ou seja, adotam a educação como uma estratégia de intervenção nesse adolescente, como um procedimento que se

²⁰² Veronese, Josiane Rose Petry; Oliveira, Luciene de Cássia Policarpo. Educação versus Punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008, p. 114.

²⁰³ Mônaco da Silva, José Luiz. *Op. cit.*, p. 163.

²⁰⁴ Vianna, Guaraci de Campos. *Op. cit.*, p. 331.

²⁰⁵ Rossato, Luciano Alves; Lépure, Paulo Eduardo; Cunha, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do adolescente comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 353.

²⁰⁶ Veronese, Josiane Rose Petry; Oliveira, Luciene de Cássia Policarpo. *Op. cit.*, p. 118.

aplicado dentro das matrizes do Estatuto será capaz de possibilitar uma efetiva inserção desse adolescente na sociedade²⁰⁷.

A opção pela responsabilização do adolescente e não de sua punição parte do pressuposto de que ele se trata de uma pessoa ainda em formação, com menor compreensão acerca do ato praticado do que um adulto. Por ainda apresentar um estado de incompletude física, moral e psicológica, a intervenção pedagógica sobre o adolescente tem uma capacidade maior de proporcionar ao adolescente o cultivo de um senso de responsabilidade e uma nova compreensão dos valores da vida em sociedade.

As medidas socioeducativas estão previstas no art. 112 do Estatuto, que apresenta um rol exaustivo, com seis categorias de medidas, sendo elas: a) Advertência; b) Obrigação de reparar o dano; c) Prestação de serviços à comunidade; d) Liberdade assistida; e) inserção em regime de semiliberdade e; f) Internação. Para uma melhor compreensão do objeto de estudo, far-se-á uma breve análise do conteúdo das medidas.

a) Advertência – Como já abordado anteriormente, essa é a medida socioeducativa mais branda, consistente em uma admoestação verbal ao adolescente. Quando da aplicação da repreensão verbal ao adolescente, este não pode ser exposto ou submetido a constrangimento ou vexame.

Apesar de ser a mais branda dentre todas as medidas, apresenta um importante papel no processo educativo do adolescente, o qual será chamado à sua responsabilidade, sendo informado acerca dos efeitos negativos de sua conduta em relação à sociedade, à sua família e ao si mesmo.

b) Obrigação de reparar o dano – Esta medida tem um valioso conteúdo educativo, tendo em vista que, mais do que propiciar a recomposição do dano sofrido pela vítima, é capaz de induzir o adolescente a refletir sobre a repercussão de sua conduta e observar concretamente as suas consequências mesmo que o dano patrimonial tenha sido de pequena monta.

Tendo em conta os efeitos pedagógicos da medida, a composição do dano deve ser realizada pelo adolescente e não por seus pais ou responsáveis. Em caso de manifesta impossibilidade, essa medida deverá ser substituída por outra mais adequada.

c) Prestação de serviços à comunidade – Aqui o adolescente prestará, gratuitamente, tarefas de interesse geral, devendo tal medida ser adequada às suas aptidões físicas e

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 119.

psicológicas. Ressalta-se que tal medida deve contar com o consentimento do adolescente, não o havendo, deve-se aplicar outra medida.

A carga pedagógica da medida consiste em proporcionar ao adolescente um senso de compromisso e responsabilidade. A tarefa atribuída deve proporcionar ao adolescente um acréscimo educacional, com o acúmulo de conhecimento, experiência e oportunidade.

Tal medida, além de levar o adolescente a sopesar o ônus de sua conduta e afastar a possibilidade de reiteração de condutas infracionais, pode implicar também em uma contribuição à autoestima do adolescente, ante a consideração de que é capaz de realizar atividades de positiva relevância social.

d) Liberdade assistida – Com a aplicação desta medida, o adolescente permanece com sua família e convivendo com a comunidade, ao mesmo tempo em que será acompanhado e orientado por equipe técnica.

Conforme o art. 119 do Estatuto, tal medida almeja a promoção social do adolescente e sua família, impulsionar a frequência e o bom desempenho escolar, profissionalização e inserção no mercado de trabalho.

e) Medida de semiliberdade – Essa é uma medida restritiva de liberdade, razão pela qual deve ser destinada aos atos infracionais mais gravosos ou quando as necessidades pedagógicas do adolescente o exigirem.

A semiliberdade tem como essência a realização de atividades externas, de modo a proporcionar ao adolescente a ocupação de seu tempo com atividades educativas, de profissionalização e de lazer, podendo ainda frequentar a escolar, visitar sua família e manter contato com a comunidade.

f) Internação – É a mais extrema das medidas e consiste, basicamente, na restrição de liberdade do adolescente. Nessa modalidade de responsabilização devem ser implantadas atividades pedagógicas, que visem à reeducação e reintegração social do adolescente.

Por se tratar do mais severo dentre os instrumentos previstos pelo legislador, caracteriza a *ultima ratio* do sistema estatutário.

Alguns dos defensores do Direito Penal Juvenil questionam que ao transcorrer de tantos anos ainda não seria observável uma alteração positiva no quadro real da violência, sobretudo se consideradas as “razões” apresentadas pelos meios de comunicação²⁰⁸.

Como bem acentuam Veronese e Oliveira, apesar de todo o avanço amealhado pelo novo Direito da Criança e do Adolescente, as pessoas, os prédios e a cultura institucional

²⁰⁸ Veronese, Josiane Rose Petry; Oliveira, Luciene de Cássia Policarpo. *Op. cit.*, p. 118.

ainda estão presos à concepção do menorismo, ou seja, da criança e do adolescente objetos, e não de acordo com o novo comando constitucional e estatutário que, ao proclamar a Doutrina da Proteção Integral, elegem a criança e o adolescente como sujeitos de direitos²⁰⁹.

E prosseguem:

Ao responsabilizarmos, estamos impondo limites, limites esses bem definidos pelo Estatuto. Se a Lei 8.069/90 não funciona sob este prisma, é porque estamos trabalhando com profissionais inabilitados e/ou programas inadequados, o que se apresenta como uma grande omissão, um verdadeiro descaso com a área infanto-juvenil²¹⁰.

Sobre tal tema, Ishida é enfático ao afirmar que a justificativa prática não ganha cunho científico em razão da inadequação prática. Segundo o autor, tal alegação seria “o mesmo que falar que o Direito Penal admita como regra a pena de morte porque embora a Carta Magna o repugne como regra, incide na prática nos presídios. Não se pode mesclar norma legal com a prática para se construir uma verdadeira corrente doutrinária de pensamento”²¹¹.

Um dos obstáculos à consolidação do novo Direito da Criança e do Adolescente, tanto no campo teórico quanto no prático, é justamente esse equivocado resgate do Direito Penal à seara estatutária. Em lugar de atuar em consagração aos princípios estatutários, promove-se uma interpretação dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente à luz do Direito Penal. A inadequação prática aponta a necessidade de reforçar a máquina estatutária e não relegá-la ao descaso, dando nova vida ao menorismo.

Diferentemente do alegado pelos defensores do Direito Penal Juvenil, a medida socioeducativa possui caráter pedagógico e constitui importante instrumento estatal para intervir positivamente no processo educativo do adolescente. Por não constituir uma pena, ao se aplicar o princípio da insignificância aos atos infracionais não se está poupando o adolescente de um mal, em verdade, o Estado nada mais está fazendo do que se omitir de seu **dever** de educar, de estimular um saudável desenvolvimento físico, moral e psicológico do autor do ato infracional.

O próprio STF já se manifestou no sentido de reconhecer o caráter pedagógico das medidas:

Ademais, é de notar-se, em face das características especiais do sistema de proteção implantado pela Lei n. 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração de ato infracional [...] não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de uma medida de caráter sociopedagógico para fins de orientação e reeducação (STF, RE n. 229.382-2/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 26-6-2002).

E:

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 120.

²¹⁰ *Idem*.

²¹¹ Ishida, Valter Kenji. *Op. cit.*, p. 259.

Com efeito, a Lei 8.069/90 (conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente), inspirada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, instituiu um **sistema** de apuração de responsabilidade dos atos praticados por menores, aos quais são aplicadas **medidas de caráter sociopedagógico** que sempre têm por finalidade a **reeducação** destes (STF, RE 248.018/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 6-5-2008) (Grifos no original).

Por fim, cumpre ressaltar que, com o novo sistema de responsabilização, abandonou-se a ideia de que o adolescente se encontra em situação irregular. Não pretendemos estabelecer uma correlação automática entre pobreza e o ato infracional ou mesmo um etiquetamento social, contudo, há de se reconhecer que em grande parte dos atos infracionais, os adolescentes que incorrem em tal prática padecem de péssimas condições materiais de vida e encontram-se imersos em um ambiente transgressor e atentatório contra seus direitos mais fundamentais.

Por mais que a pobreza não seja um fator determinante na prática do ato infracional, a fragilidade econômica vivenciada pelo adolescente e sua família acabam por inviabilizar um padrão de vida mais digno e somando a isso possíveis agressões familiares e comunitárias, percebe-se a constituição de um grande fator de risco, podendo resultar na inversão de valores dentro da formação moral e psicológica do adolescente.

Na lição de Veronese:

A exclusão da infância e da adolescência do processo social é uma das formas mais perversas de marginalização, pois exclui-se, *a priori*, aquele que não teve sequer oportunidade e condições de escolher seu próprio caminho, de identificar-se com um determinado projeto de vida; encontrando-se então forçado a buscar seu espaço pelas ruas das cidades.

Os visíveis quadros de miséria social que relatam os altos índices de mortalidade infantil, da cruel realidade dos abortos, da trágica situação dos meninos e meninas de rua, dos estigmatizados nas instituições protetoras, da violência, etc., denunciam concretamente que as políticas governamentais e a sociedade em geral, não priorizam a criança, não valorizam a vida²¹².

Ou seja, em verdade, não é o adolescente que se encontra em situação irregular, mas a sociedade. O Estatuto vincula o adolescente à lei não só em relação a direitos, mas também em obrigações. Contudo, enquanto o Estado e a Sociedade, também coobrigados quanto à efetivação das disposições estatutárias, omitirem-se quanto ao cumprimento de seus deveres, vê-se o adolescente também impossibilitado de cumprir com os seus.

Nesse sentido, a ressocialização do adolescente não se dará por meio do recrudescimento das disposições estatutárias, com a perigosa aproximação do Direito Penal, mas com uma efetiva intervenção pedagógica acompanhada da implementação de políticas sociais básicas.

²¹² Veronese, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr, 1999, p. 180.

Como bem afirma Sotto Maior Neto, a prevenção deve se dar com a aplicação de medidas socioeducativas (portanto, não punitivas) ao adolescente, tendentes a interferir no seu processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social, e, principalmente, com o Estado vindo a cumprir seu papel institucional e indelegável de atuar concretamente na área da promoção social²¹³.

Guaraci de Campos Viana também desfruta deste entendimento, afirmando que, uma vez que crianças e adolescentes não participam na formulação das leis que devem respeitar, o seu vínculo de respeito para com essas leis, e para com as autoridades responsáveis por sua aplicação, só poderá se dar a partir da percepção de que os adultos e o Estado repetem aquelas regras por eles mesmos impostas²¹⁴.

Ainda na lição do autor, somente a partir do momento em que as crianças e adolescente tenham confirmadas suas expectativas de que os adultos e o Estado respeitam seus direitos, é que tenderão a também cumprir suas obrigações. A insinceridade dos adultos e do Estado no cumprimento de suas obrigações não permite ao adolescente compreender qual o código de referência que deve reger as relações sociais²¹⁵.

Assim, a responsabilização do adolescente autor de ato infracional **não é um direito** dos adultos e do Estado, **mas um dever** em relação ao próprio adolescente. Guaraci de Campos Viana complementa:

Como dever, está limitado pelo direito da criança e do adolescente ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Assim, a responsabilização legal se torna um dever do Estado de buscar, por intermédio da aplicação da lei, possibilitar à criança o desenvolvimento de um superego capaz de reprimir os impulsos de destruição e inseri-lo num convívio social pacífico. É a possibilidade que o Estado e os adultos têm de suprir e corrigir suas próprias falhas e omissões que impedem um adequado desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, levando-o a cometer atos infracionais²¹⁶.

Ou seja, o adolescente possui o direito de ver o Estado agindo positivamente quando da prática de um ato infracional, em conformidade com suas necessidades pedagógicas. Não pode o Estado negar ao adolescente uma resposta adequada às suas máculas educacionais por entender que seria “custoso demais” e haveria uma desproporção entre a lesão provocada e os gastos assumidos pelo ente estatal.

²¹³ Sotto Maior Neto, Olympio. In Cury, Munir; Amaral, Antonio Fernando do; Mendes, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 561.

²¹³ Veronese, Josiane Rose Petry. Direito da Criança e do Adolescente: volume 5. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 537.

²¹⁴ Sotto Maior Neto, Olympio. *Op. cit.*, p. 42.

²¹⁴ Vianna, Guaraci de Campos. *Op. cit.*, p. 335.

²¹⁵ *Idem.*

²¹⁶ *Idem.*

Deste modo, não se pode alegar que a aplicação do princípio da insignificância implica em uma situação benéfica ao adolescente por estar evitando que ele sofra uma penalidade desproporcional à extensão do dano resultante do ato infracional. Como reiteradamente repetido, a medida socioeducativa não possui um caráter penal, ela nada mais é do que uma resposta do Estado a um ato infracional que, em regra, é fruto de alguma omissão anterior do ente estatal.

Neste sentido, também se manifesta Digácomo:

A erradicação, em definitivo, das práticas “menoristas” que ainda permeiam a matéria, somente ocorrerá com o fortalecimento dos institutos de Direito da Criança e do Adolescente, que precisa alcançar o status de um ramo independente do Direito, que possui regras e, acima de tudo, princípios próprios, que como dito e repetido são de natureza EXTRAPENAL, demandando uma nova forma de ver, compreender e, acima de tudo, atender o adolescente em conflito com a Lei, que tanto quanto os demais (e talvez exigindo uma tenção e um cuidado ainda maiores), tem DIREITO à PROTEÇÃO INTEGRAL por parte do Estado (inclusive do Estado-Juiz), ao qual corresponde o irrecusável DEVER (expresso tanto pelo art. 4º, caput, estatutário, quanto pelo art. 227, caput, da Constituição Federal) de proporcioná-la²¹⁷.

Ao aplicar o instrumento da bagatela, estar-se-ia praticando uma omissão dupla. A primeira se deu no momento anterior à prática do ato infracional, quando o Estado e a sociedade se omitiram do seu dever de propiciar ao adolescente um ambiente digno e adequado ao seu saudável desenvolvimento social. A segunda omissão se dá no momento posterior à prática do ato infracional, quando o Estado se recusa a analisar pormenorizadamente a situação social em que o adolescente está imerso e nega a ele uma intervenção pedagógica, com fins de reeducá-lo e reinseri-lo na sociedade.

Assim, enquanto no Direito Penal a aplicação do princípio da insignificância implica em uma renúncia do Estado ao seu direito de punir (*jus puniendi*), no Direito da Criança e do Adolescente a utilização de tal instrumento implica em uma omissão do Estado em seu **DEVER** de atuar positivamente na educação do adolescente que praticou um ato infracional, em proporção às suas necessidades pedagógicas.

3.2.4. Insignificância como uma inversão do eixo ótico da ação socioeducativa

Comumente, a doutrina, ao ilustrar as condutas insignificantes, utiliza-se de exemplos extremados e de rara ocorrência prática, tal como Rogério Greco, que exemplifica a questão com um caso de um motorista que ao manobrar o seu carro acaba encostando levemente em

²¹⁷ Digácomo, Murilo. *In* Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e tratamento do Delinquente (ILANUD). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 224.

um pedestre e lhe causa um irrelevante arranhão. O mesmo autor ainda cita outra situação em que um jovem ingenuamente subtrai um doce que estava em exposição em uma loja e o divide com a namorada²¹⁸. Já da lição de Luiz Flávio Gomes colhe-se um exemplo em que o agente, em meio a uma inundação, derrama um copo de água em meio a 10 (dez) milhões de litros d'água²¹⁹.

Esses exemplos tão comuns na doutrina, apesar de deveras didáticos e até mesmo dotados de certo apelo emocional, não condizem com as condutas ditas “insignificantes” verificáveis na prática forense.

Nos tribunais pátrios, as condutas ditas insignificantes apreciadas pelos magistrados, em regra, não são motivadas por um mero descuido ou pela ingenuidade do agente, como nos exemplos acima citados, mas denunciam alguma precária situação social na qual ele está imerso. Quando tratamos de atos infracionais, a realidade por trás da conduta tende a se mostrar até mais perversa que aquela vivenciada pelos adultos ou aquela desenhada pela doutrina.

Como já defendido acima, não está a se afirmar que existe um liame indissolúvel entre pobreza e a prática de atos infracionais, contudo, é sabido que a imersão do adolescente em uma situação de precariedade material e de turbulência dos vínculos familiares, comunitários e sociais podem constituir fortes fatores a prejudicar o desenvolvimento físico, moral e psicológico do indivíduo, resultando em uma inversão de valores e dando azo à prática de atos infracionais.

O Conselho Nacional de Justiça, no recente ano de 2012, desenvolveu um estudo com vistas ao estudo da execução das medidas socioeducativas privativas de liberdade e dos adolescentes que as cumprem²²⁰. Tal obra nos apresenta um panorama deveras preocupante sobre a situação em que os adolescentes se encontravam antes de praticarem algum ato infracional.

Conforme os dados apresentados pelo CNJ, 86% dos adolescentes entrevistados estavam englobados no ensino fundamental, ou seja, este percentual não concluiu a formação básica, havendo ainda uma percentagem maior de adolescentes cuja última série cursada foi a quinta e a sexta série do ensino fundamental. Sobre a vida escolar anterior à internação, 57% dos adolescentes declararam que não frequentavam a escola antes de ingressar na unidade.

²¹⁸ Greco, Rogério. Curso de Direito Penal- 13ª ed.- Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 61.

²¹⁹ Gomes, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3ª ed.- São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013, p. 20.

²²⁰ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf

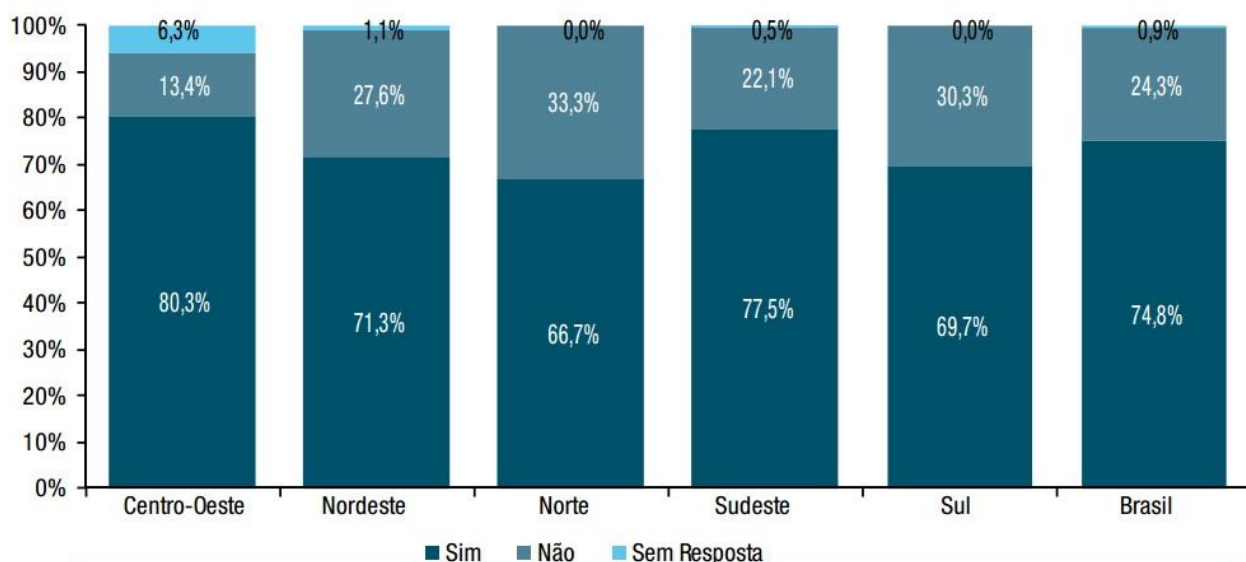
Esse é só um dos indicadores apresentados, dentre tantos outros pormenorizados em tal obra. Mas, em suma, ante os dados amealhados, os autores apresentam a seguinte conclusão:

O perfil dos adolescentes aqui descortinado revelou uma série de questões que perpassam o problema do adolescente em conflito com a lei: famílias desestruturadas, defasagem escolar e relação estreita com substâncias psicoativas. A partir do melhor conhecimento do perfil dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas torna-se especialmente oportuna a definição de estratégias compatíveis com as necessidades dos jovens em situação de risco no Brasil.

Após uma detida análise dos casos apreciados pelo judiciário pátrio, percebe-se que em boa parte deles os adolescentes encontra-se em alguma situação de risco, isso mesmo nos casos ditos insignificantes. Ao estudar os julgados disponibilizados nos acervos jurisprudenciais dos Tribunais Estaduais e mesmo nas cortes superiores, percebe-se que na absoluta maioria dos casos em que se tem um ato infracional cujos efeitos negativos foram “insignificantes”, o adolescente costuma apresentar acentuadas necessidades pedagógicas, isso em razão da precária situação por ele vivenciada.

Lamentavelmente, em grande parte das vezes, a situação de risco do adolescente se enlaça com o uso de entorpecentes e a prática de pequenos atos infracionais por vezes é o meio encontrado pelos adolescentes para manter o consumo da substância ilícita.

Pode-se chegar a essa conclusão não somente ao analisar os casos presentes nos acervos jurisprudenciais das Cortes Pátrias de Justiça. No já citado estudo elaborado pelo CNJ, constatou-se também que aproximadamente 75% dos jovens entrevistados faziam uso de alguma substância psicoativa, tendo sido tal situação bem delineada no gráfico elaborado por tal instituição e que apresentamos abaixo, onde os adolescentes foram indagados sobre o uso de entorpecentes:



Ou seja, por trás da conduta infracional há uma carga negativa anteriormente absorvida pelo adolescente e que de certo modo deu azo à prática do ato infracional. Neste contexto, a ação socioeducativa surge como um importante instrumento de mudança no processo educativo deste adolescente. Em sentido oposto à ação penal, onde se trabalha com uma pena de caráter preponderantemente repressivo, aqui o procedimento socioeducativo tem por desiderato a proteção integral do adolescente, isso por meio da constatação de suas necessidades pedagógicas e a aplicação da medida socioeducativa mais apta a interferir positivamente em seu desenvolvimento.

No procedimento estatutário o adolescente não é mero objeto da tutela estatal ou alvo do poder punitivo do Estado. Aqui ele é um sujeito de direitos, fazendo jus a uma prestação positiva do ente estatal, ou mesmo negativa nas ocasiões em que não apresente relevantes necessidades pedagógicas e se faça dispensável a intervenção sobre o adolescente autor de ato infracional. O foco da ação socioeducativa então é o adolescente. Ele é o centro das atenções. Todas as medidas adotadas devem se pautar única e exclusivamente por suas necessidades pedagógicas, afastando-se a aplicação de alguma medida tão somente dos casos em que venha a perecer a sua eficácia pedagógica.

Entretanto, ao se aplicar instrumentos típicos do Direito Penal o primeiro óbice que se encontra é o enrijecimento do procedimento socioeducativo, dando-lhe um caráter próprio da ação penal, que em nada se coaduna com as propostas da Doutrina da Proteção Integral. Neste sentido é a lição de Alexandre Morais da Rosa:

[...] não se pode dialogar com o sistema de medidas socioeducativas com a mesma lógica da resposta penal. Pensar com a lógica do Direito Penal implica, em regra, o recrudescimento da medida socioeducativa aplicada²²¹.

O mesmo pensamento permanece quando tratamos da aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais. Tal instrumento, como afirma Luiz Flávio Gomes, correlaciona-se ao desvalor da ação ou do resultado, não havendo espaço para dilações no sentido de verificação da necessidade da pena ou não²²². Aqui se tem como foco a tutela seletiva do bem jurídico, relegando-se as condições pessoais de seu autor a um segundo plano, até porque os critérios majoritariamente adotados pelos tribunais são de natureza eminentemente objetiva (1- mínima ofensividade da conduta do agente; 2- a nenhuma periculosidade social da ação; 3 - o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; 4 - a inexpressividade da lesão jurídica provocada).

²²¹ Rosa, Alexandre Morais. *Op. cit.*, p. 204.

²²² Gomes, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 33.

Em suma, o princípio da insignificância tem por norte o bem jurídico e a lesão experimentada por ele. Quando o agente é alvo da análise, esta se dá tão somente em relação aos efeitos negativos de seu comportamento e de sua vida pregressa, como fica bem demonstrado no seguinte julgado:

[...] Na aplicação do princípio da insignificância devem ser apreciados, além do valor do objeto subtraído, a extensão da lesão ao bem jurídico protegido pela norma e as circunstâncias subjetivas do agente, notadamente aquelas relativas ao seu comportamento social e a sua vida pregressa. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.082442-7, de Chapecó, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 20-04-2015).

Por outro lado, a concepção da criança e do adolescente como pessoas humanas em condições peculiares de desenvolvimento e conseqüentemente merecedoras de cuidados e atenções especiais implica numa das principais conquistas advindas com a Lei 8.069/1990²²³. Assim, a ação socioeducativa tem como sujeito principal o adolescente autor do ato infracional, mas não pelos resultados negativos de sua conduta, mas para verificação das suas necessidades pedagógicas e atuar efetivamente em seu processo educativo.

Ao se admitir a incidência do princípio da insignificância quanto aos atos infracionais, está se promovendo uma inversão do eixo ótico da ação socioeducativa. O foco, dentro do procedimento estatutário é o adolescente autor de ato infracional, mas a partir do momento em que se admite o princípio da insignificância, adota-se aquela visão típica do direito penal, ocorre um desvio do eixo focal, passando-se a centrar as atenções no bem jurídico lesionado e na extensão da lesão.

Essa prática acaba por ferir a lógica norteadora do procedimento de apuração do ato infracional. Aqui o fim maior não é a punição do adolescente, como no Direito Penal, mas sim desvelar todas as suas necessidades pedagógicas para uma posterior seleção da medida mais adequada a interferir positivamente em seu processo educacional, com fins a lhe proporcionar um saudável convívio social.

Faz-se mister ressaltar, novamente, que a aplicação de uma medida socioeducativa não é obrigatória. Quando da verificação das características pessoais do adolescente pode-se chegar à conclusão de que ele não apresenta relevantes máculas educativas, de modo que a incidência de uma medida ou mesmo o prosseguimento do feito poderiam lhe ocasionar efeitos negativos. Nestes casos é afastada a incidência de qualquer resposta. Mas é importante notar que, seguindo os ditames estatutários, o afastamento da resposta estatal se dá após uma análise das necessidades pedagógicas do adolescente, diferentemente daquela lógica utilizada

²²³ Veronese, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?* – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 261.

quando da aplicação do princípio da insignificância, onde o bem lesado é alçado ao posto principal e o adolescente a um plano secundário, sendo observado tão somente em relação aos efeitos negativos que provocou.

Esta prática e a consequente inversão do eixo ótico da ação socioeducativa acabam por ferir o princípio da individualização da medida socioeducativa.

O sistema de apuração de ato infracional, diferentemente da seara penal onde vigora um sistema quase que mecânico de aplicação das penas, rege-se por critérios subjetivos, umbilicalmente ligados às necessidades pedagógicas verificáveis em cada caso.

Assim, o princípio da individualização da medida socioeducativa mostra-se de uma importância fundamental para a efetividade do procedimento estatutário. Este princípio apresenta uma relativa relação com o princípio da individualização da pena, previsto na Constituição em seu artigo 5º, inciso XLVI. A única semelhança é aquela que diz respeito à necessidade de análise particularizada de cada indivíduo, mas na prática os dois princípios acabam por tomar tonalidades totalmente distintas, isso, principalmente, porque no procedimento estatutário não existe uma prévia correlação entre o ato infracional e a medida a ser aplicada.

Qualquer decisão que não considere o adolescente e suas individualidades pode implicar em nulidade, como bem aponta Digácomo:

Imprescindível, portanto, inclusive sob pena de **nulidade absoluta** do julgado, que cada um dos adolescentes acusados da prática infracional tenha sua situação **individualmente considerada**, recebendo a(s) medida(s) que se mostre(m) mais adequada(s) à sua condição em particular; nada impedindo que a um grupo de adolescentes acusados da prática do mesmo ato infracional sejam aplicadas medidas completamente diversas²²⁴.

Em verdade, a individualização deve se dar não somente em relação à medida socioeducativa, mas em relação ao próprio procedimento, como um todo, desde o momento da constatação de uma conduta supostamente infracional até o momento em que finda a execução. Em todas as fases do procedimento deve-se ter essa preocupação e sensibilidade para uma melhor percepção dos sinais psicológicos, emocionais e morais emitidos pelo adolescente.

Mas pelo princípio da individualização o adolescente tem o DIREITO de ser acompanhado individualmente em todas as fases do procedimento de apuração do ato infracional, realizando-se uma criteriosa análise da sua situação psicossocial, do motivo e das causas que deram azo à prática do ato infracional e, principalmente, do contexto social e familiar em que o adolescente está inserido.

²²⁴ Digácomo, Murilo. *Op. cit.*, p. 219.

Ainda conforme Digácomo, as necessidades pedagógicas específicas do adolescente constituem a verdadeira “pedra angular” de todo o procedimento. O compromisso da Justiça Infantoadolescente não é com a aplicação de uma medida, mas sim com a solução do problema que concretamente aflige o adolescente em particular²²⁵.

A questão da individualização da situação do adolescente e da prioritária intervenção ante suas necessidades pedagógicas restam feridas quando da aplicação do princípio da insignificância, pois, em regra, é dado maior enfoque aos fatores objetivos do ato infracional, tal como o valor do bem e a extensão da lesão experimentada.

Uma análise eminentemente objetiva pode se mostrar adequada ao procedimento criminal, contudo, na seara estatutária, onde a proposta é a de reeducação e ressocialização por meio de instrumentos de natureza pedagógica, mostra-se uma ferramenta que tende a desnaturar o procedimento e pode até mesmo repercutir negativamente na esfera educacional do adolescente.

Essa situação do desvio do eixo ótico da ação socioeducativa fica claramente demonstrada ao se analisar julgados colhidos junto às Cortes de Justiça.

Inicialmente, para ilustrar o aqui defendido, cita-se a Apelação n. 1.0024.14.000372-4/001, apreciada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 18 de setembro de 2014.

Neste caso, 3 (três) adolescentes adentraram a um estabelecimento comercial e subtraíram para si 14 (quatorze) frascos de xampu.

O Relator, tomando por base os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado, conjugando-os com requisitos estabelecidos pelo pretório excelso (ofensividade mínima da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado) entendeu que o princípio da insignificância era plenamente aplicável ao ato infracional em estudo, tendo o seu voto sido assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE FURTO. PRELIMINAR. EFEITO SUSPENSIVO. PEDIDO INDEFERIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO A ATO INFRACIONAL. POSSIBILIDADE. VALOR ÍNFIIMO DO OBJETO FURTADO. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. REDUZIDÍSSIMO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO E INEXPRESSIVA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA. CARÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRESENÇA DAS QUALIFICADORAS E AGENTE REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS

²²⁵ Digácomo, Murilo. *Op. cit.*, p. 221.

QUE, EMBORA CONSTATADAS, NÃO OBSTAM A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO. [...]

- É cabível o reconhecimento do princípio da insignificância caso comprovada a atipicidade material da conduta, diante da subtração de bens de valor irrisório, se revelando insignificante a ofensa.
- Não há óbice ao reconhecimento do princípio da insignificância no caso de ato infracional. Precedentes do STJ.
- Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.
- O Direito Penal não pode se valer de ninharias, devendo, por seu caráter fragmentário, ser aplicado apenas nas situações onde haja a relevância do bem jurídico protegido.
- A ocorrência do delito em sua forma qualificada e o fato de o menor já ter cumprido medida socioeducativa não obstam a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista a inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado.

Por fim, ressaltou que ante a pequena expressão do valor dos bens subtraídos, não poderia a máquina estatal ser mobilizada em função de uma “ninharia”.

Contudo, o Des. Matheus Chaves Jardim, revisor do acórdão, mesmo reconhecendo que se mostrava diminuta a expressão econômica das mercadorias subtraídas, afirmou que essa pequena repercussão econômica do ato infracional não poderia ceder passo ao intuito de reabilitação do adolescente, restando invocável o princípio da insignificância.

O Revisor ressaltou que os adolescentes envolvidos na prática do ato infracional em questão já estavam inseridos há longo tempo em um contexto de contumácia de prática de atos infracionais.

Ademais, com base nos estudos apresentados no relatório interdisciplinar, destacou a evidência de fragilidade dos vínculos familiares, abandono dos estudos, uso de crack e moradia nas ruas.

O Exmo. Des. Catta Preto acompanhou o revisor, restando vencido o relator originário e afastado o princípio da insignificância, sendo o julgado assim ementado:

EMENTA: ECA - PRÁTICA INFRACIONAL ANÁLOGA AO FURTO - CONDENAÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE.

-Tendo por escopo as medidas socioeducativas previstas no ECA a ressocialização e a reeducação do menor, não tem lugar a adoção do princípio da insignificância ao propósito de afastar a tipicidade da conduta. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.14.000372-4/001, Relator(a): Des.(a) Nelson Missias de Moraes , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Matheus Chaves Jardim , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 18/09/2014, publicação da súmula em 29/09/2014)

Este é um caso deveras interessante, pois mostra os efeitos práticos da aplicação de uma interpretação à luz dos princípios penais e à luz dos ditames estatutários.

Percebe-se que, num primeiro momento, o Desembargador Relator desenvolve uma interpretação tipicamente penal, invocando os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado para afastar a incidência de uma medida socioeducativa. Assim, o bem lesado e a extensão econômica do dano passam a ser o foco principal da atuação do magistrado, relegando-se o adolescente a um segundo plano.

Por outro lado, no voto do Desembargador Revisor, percebe-se que ocorre uma interpretação condizente com a proposta do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesta segunda análise o adolescente assume o posto de sujeito principal do procedimento. Assim, mesmo que o valor do bem subtraído fosse inexpressivo, acabou cedendo tal fato em face das latentes necessidades pedagógicas do adolescente, que se encontrava inserido em uma perversa situação de risco.

Aqui resta devidamente demonstrado que a alegação de que a inaplicabilidade do princípio da insignificância implicaria em uma situação mais severa ao adolescente não merece prosperar. De um lado tem-se o magistrado que optou pela sua aplicação ao ato infracional, ignorando completamente a situação de risco em que se encontrava o adolescente. De outro, tem-se o magistrado que entende ser inaplicável o princípio da insignificância aos atos infracionais, conferindo ao bem subtraído e o seu respectivo valor econômico um papel secundário e trazendo o adolescente ao protagonismo da ação socioeducativa, tomando em seu favor as medidas mais aptas a sanar as suas constatáveis máculas pedagógicas, quais sejam, o uso de entorpecentes, fragilidade dos laços familiares, abandono de estudo, residência nas ruas, dentre outras.

Dando seguimento às análises de casos concretos presentes nos acervos jurisprudenciais dos Tribunais de Justiça Estaduais, cita-se a Apelação Cível n. 184.006-0/1-00, julgada em 4 de março de 2010 no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Aqui o adolescente praticou ato infracional equiparado ao crime de furto, por ter subtraído duas caixas acústicas avaliadas em módicos R\$ 50,00 (cinquenta reais) para vendê-las posteriormente.

A pretensão socioeducativa foi julgada procedente e o representado interpôs recurso de Apelação, pugnando pela aplicação do princípio da insignificância.

Ao analisar o caso sob a ótica bagatelar, percebe-se que este seria uma situação passível da incidência do instrumento excludente da tipicidade material. Isso, pois o objeto subtraído apresentava um pequeno valor econômico e não ocorreu um efetivo prejuízo à vítima. Essa conclusão, novamente, seria possível a partir do momento em que o eixo ótico da

ação volta-se ao bem subtraído, ao seu valor e à extensão do dano resultante do ato infracional.

Contudo, ao se abordar a questão sob o prisma estatutário, que parte da premissa que o adolescente é o sujeito principal da ação socioeducativa e ele tem o DIREITO de ter sua situação analisada individualmente e receber uma resposta adequada às suas máculas educativas, chega-se a uma conclusão diametralmente distinta.

A partir do momento em que o bem e a extensão da lesão econômica sofrida pela vítima são deixados de lado e as atenções se voltam ao adolescente e à sua particular situação se vê que a aplicação do princípio da insignificância implicara em uma violenta omissão em desfavor dele.

In casu, o Douto magistrado constatou que o adolescente praticou o ato infracional com vistas à aquisição de entorpecentes, sendo ele usuário de *crack*.

Assim, levando em consideração as necessidades do adolescente e o fato de que as medidas previstas no Estatuto apresentam natureza totalmente distinta da pena, foi negada aplicação ao princípio da insignificância, sendo mantida a sentença que aplicou ao adolescente a medida de inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio, orientação e tratamento a toxicômanos.

Por fim, o feito foi assim ementado:

ECA.- Representação julgada procedente em face de adolescente que teria praticado a infração equiparada ao crime capitulado no artigo 155, "caput", do Código Penal.- Aplicação da medida de inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio, orientação e tratamento a toxicômanos.- Apelo do menor objetivando a improcedência da representação ou, alternativamente, a concessão da remissão em virtude da necessidade do reconhecimento da escusa absolutória no presente caso.- Inadmissibilidade.- Materialidade e autoria indúvidas.- Confissão do menor corroborada pelas demais provas colacionadas aos autos.- Inaplicabilidade do princípio da insignificância e da escusa absolutória nas questões atinentes a infrações perpetrados por adolescentes, já que as medidas socioeducativas e protetivas não têm natureza punitiva, mas ressocializadora.- O desvalor da infração não pode ser ignorado.- Apelação não provida.

Salutar também destacar o seguinte trecho do Acórdão supracitado:

A tese aduzida pela Defesa não merece prosperar, primeiramente porque o chamado princípio da insignificância constitui instituto eminentemente de Direito Penal, não sendo aplicável no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente no qual prepondera a situação peculiar da criança e do adolescente em desenvolvimento.

O *decisum* acima analisado mostra-se como um valioso contra-argumento à afirmação de que a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais implicaria em um tratamento mais severo ao adolescente do que aquele adotado em face do adulto. Ainda dentro do caso citado, indaga-se: O que seria mais benéfico ao adolescente? Aplicar o princípio da insignificância e ignorar a situação de risco em que ele se encontrava (usuário de

crack) ou julgar inaplicável o princípio da insignificância aos atos infracionais e aplicar ao jovem uma medida apta a interferir positivamente em sua formação física, psíquica e moral?

Percebe-se que ao reconhecer a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais e aplicar uma medida ao adolescente, o julgado adotou um pensamento que perfeitamente se alinha com as propostas do Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, a busca por uma medida que melhor se adeque às necessidades pedagógicas do adolescente. Nesse sentido, colhe-se da sempre valiosa lição de Veronese:

O Estatuto compreende que a melhor forma de intervir nesse adolescente em conflito com a lei (v. 1º, III, da Lei do SINASE) é incidir positivamente na sua formação, servindo-se, para tanto, do processo pedagógico, como um mecanismo efetivo, que possibilite o convívio cidadão desse adolescente autor de ato infracional em sua comunidade, pretendem, pois, tais medidas, educar para a vida social²²⁶.

Poderíamos citar inúmeros outros julgados dando conta da ideia esposada por este acadêmico, contudo, temendo adentrar ao campo da prolixidade, limitar-nos-emos à análise de uma última decisão, esta do Superior Tribunal de Justiça e autuada sob o número Resp 573.488/RS, tendo como relator o Ministro Gilson Dipp, julgada em 15 de junho de 2004 e sendo assim ementada:

CRIMINAL. ECA. FURTO. ÍNFINO VALOR DA QUANTIA SUBTRAÍDA. INCONVENIÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. DELITO DE BAGATELA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO. I . Faz-se mister a aplicação do princípio da insignificância, excludente da tipicidade, se evidenciado que a vítima não teria sofrido dano relevante ao seu patrimônio – pois os valores, em tese, subtraídos pelos agentes representariam quantia correspondente a 1,5% do salário mínimo. II. Inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário, o que seria bem mais dispendioso, caracterizada. I I I . Considera-se como delito de bagatela o furto simples praticado, em tese, para a obtenção de objeto de valor ínfimo – hipótese dos autos. IV. Recurso desprovido.

Aqui, trata-se de ato infacional equiparado ao crime de furto qualificado. *In casu*, três adolescentes subtraíram de um estabelecimento comercial um bem avaliado em R\$ 4,50 (quatro reais e cinquenta centavos). Consta no Acórdão que os adolescentes tentaram comprar o produto e, ante a negativa do comerciante, subtraíram o mesmo após um momento de distração da vítima.

Os Doutos Ministros que apreciaram esta *actio* entenderam que, ante o pequeno valor do objeto, a aplicação do princípio da insignificância seria medida que se impunha.

Num primeiro momento, mais uma típica infração bagatelar, sem novidade alguma. Contudo, deixando o valor do bem de lado e verificando as particularidades do caso, constata-

²²⁶ Veronese, Josiane Rose Petry. Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 263.

se uma situação minimamente preocupante. O bem subtraído se tratava de uma “cola de sapateiro”.

Em que pese a “cola de sapateiro” ser usada como adesivo para couros, ela é comumente utilizada como droga de abuso. Tal substância consiste em um solvente aromático à base de tolueno que, após inalada, atinge rapidamente o cérebro, trazendo graves prejuízos à capacidade intelectual, limitando a memória, a concentração, o ânimo e se manifestando mediante compulsão em inalar os solventes, para compensar a ansiedade e a depressão experimentadas com a descontinuidade do uso (STF, RHC 98.323/MS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06-03-2012).

No acórdão supracitado percebe-se que não foi feita qualquer menção à natureza perniciosa do bem subtraído bem como não se fez qualquer menção aos adolescentes e à sua situação individual, dando-se ênfase tão somente ao valor econômico do bem e à extensão da lesão sofrida pela vítima. Deste modo, ante a focalização tão somente no objeto subtraído, é vislumbrável uma imensa lacuna em tal julgado, uma vez que foi totalmente desprezada a situação dos adolescentes autores do ato infracional.

Por todo o acima exposto, resta claro que o princípio da insignificância não se coaduna com os fins almejados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Vê-se nitidamente que com a aplicação de referido instrumento de natureza penal se promove um desvio do eixo ótico da ação socioeducativa, o adolescente é relegado a um plano secundário e o foco do procedimento é centrado no bem jurídico e na extensão da lesão. Ou seja, o adolescente é analisado tão somente pela proporção negativa de sua conduta, sem ter analisada individualmente sua situação psicossocial, os motivos e causas da prática do ato infracional e as suas latentes necessidades pedagógicas.

Não estamos a afirmar que o Estado deva atuar sobre o adolescente indistintamente quando da prática de um ato infracional. Apenas estamos a afirmar que a verificação da necessidade de atuação do ente estatal deve se pautar pela situação do adolescente, e não com vistas exclusivamente ao bem jurídico lesado e ao desfalque patrimonial sofrido pela vítima.

Como bem afirma Digácomo, a ação socioeducativa tem por fim precípua sanar as máculas educacionais que deram azo à prática do ato infracional:

Como não se busca a pura e simples “punição” do agente, mas sim a descoberta das causas da conduta infracional e da(s) melhor(es) forma(s) de combatê-las, de modo a solucionar, em definitivo, os problemas enfrentados pelo adolescente em conflito com a lei e por sua família, deve-se buscar a solução que lhe for mais benéfica, sempre visando sua proteção integral (cf. arts. 1º e 6º, da Lei nº 8.069/90)²²⁷.

²²⁷ Digácomo, Murilo. *Op. cit.*, p. 239.

Precisa também é a lição que se colhe da pena de Ramidoff, ao afirmar que a verificação do ato infracional não dá por uma verificação instrumental própria do Direito Penal, mas por meio da verificação da necessidade de uma atuação protetiva sobre o adolescente, nos seguintes termos, como se transcreve a seguir:

O ato tido como infracional, assim, funciona como critério de identificação de uma conduta praticada por jovem, segundo a sistemática do Estatuto Infanto-Juvenil, que, muito antes de se evidenciar numa lógica instrumental dedutível da racionalidade pública estatal punitiva, deve demonstrar a necessidade ou não da intervenção protetiva compartilhada - família, sociedade e Estado, segundo a própria síntese doutrinária protetiva contida no artigo 227, da Constituição Federal de 1988 - pois deixará claro que o jovem, por vezes, pode se encontrar inserido numa dinâmica sócio-cultural perversa que lhe coloca em risco pessoal, quando, não, padecendo num processo de marginalização - de todo, criminalizante que estigmatiza e despersonaliza²²⁸.

Assim, o princípio da insignificância não pode ser aplicado aos atos infracionais, sob pena de se promover um desvio do eixo ótico da ação socioeducativa, uma vez que o adolescente é o sujeito principal do procedimento, tendo ele direito de ter sua situação individualmente analisada e receber a medida mais apta a interferir positivamente em seu processo educativo. Claro, há situações em que se pode chegar à conclusão que a aplicação de uma medida ou mesmo o prosseguimento do procedimento de apuração do ato infracional podem repercutir negativamente sobre o adolescente, mas essa é uma decisão que deve se orientar exclusivamente pelas situações psicossociais do autor do ato infracional. A não aplicação da medida socioeducativa é possível tão somente em razão de sua ineficácia pedagógica, nunca por vetores objetivos que se relacionam exclusivamente com o bem lesado e ao desfalque patrimonial experimentado pela vítima.

3.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Em que pese a natureza eminentemente pedagógica das medidas socioeducativas, percebe-se que na prática ela tem seu caráter deturpado. Isso porque, embora tenha se instituído um novo Direito da Criança e do Adolescente, ainda adota-se a lógica do sistema anterior, dando ao sistema socioeducativo aqueles tons próprios do sistema anterior que há muito deveria ter sido extirpado do espírito dos operadores do Direito.

Ademais, após quase 25 (vinte e cinco) anos do nascimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se que ainda existe certa incompreensão por parte dos juristas e mesmo da população acerca da natureza e das propostas deste instituto. A prática forense demonstra que em diversas ocasiões, quando da verificação de atos infracionais, costuma-se

²²⁸ Ramidoff, Mário Luiz. A redução da idade penal: do estigma à subjetividade. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 125.

tomar por norte a legislação penal, relegando o Estatuto da Criança e do Adolescente a um plano subsidiário.

Veronese destaca que atualmente, na apuração do ato infracional, ou mesmo durante a execução da medida socioeducativa, ocorre uma total inversão dos parâmetros estabelecidos o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois há uma perda de identidade do adolescente, que é desconsiderado enquanto sujeito de direito, sendo taxado erroneamente de “adolescente infrator”. Ainda, nas fases judiciais, dá-se maior ênfase aos aspectos objetivos e formais, desconsiderando-se as questões subjetivas, relacionais e emocionais envolvidas no ato infracional, o que constitui um grande paradoxo, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente foi firmado na essência dos direitos constituídos (sua materialidade), e não por questões de caráter meramente formal²²⁹.

Por sua vez, Helen Crystine Côrrea Sanches, Promotora de Justiça do Estado de Santa Catarina, em sua tese de Doutorado, sob a orientação da Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese, ressalta que, a despeito de alguns progressos, pesquisas referentes ao quantitativo de Varas, Promotorias e Defensorias Públicas, atestam que é manifesta a falta de prioridade das instituições do Sistema de Justiça da Infância e Juventude na implementação material e humana necessária ao seu adequado funcionamento.

A representante do *parquet* destaca ainda que o reduzido investimento em formação e qualificação especializada dos Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos, agravado pelo fato de o Direito da Criança e do Adolescente não ser disciplina obrigatória nos cursos de graduação, apontam desafios formativos, cujas deficiências justificam a reduzida capacidade de ação do Sistema de Justiça.

E conclui:

Apesar da mudança de nomenclatura – das antigas Varas de Menores às atuais Varas da Infância e Juventude – é notório que pouco se avançou no sentido de incorporar à cultura jurídica e à realidade as mudanças operadas quanto aos aspectos doutrinários (passagem da situação irregular de crianças e adolescentes à sua proteção integral); ao fundamento político (passagem de um modelo filantrópico ao de políticas públicas) que levaria a uma mudança radical do modo de se considerar crianças e adolescentes (de objeto de consideração de práticas assistencialistas a sujeitos de direitos de políticas públicas); quanto ao modelo decisório (deslocamento do Judiciário como centro de decisões e de controle ao município); e, por fim, quanto ao modo de atuação, ao envolver uma organização em rede, garantindo a passagem do modelo centralizador e monocrático do sistema de aspecto decisório para outro, participativo e democrático.

²²⁹ Veronese, Josiane Rose Petry. Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 282.

Essas dificuldades em transpor determinados traços culturais do modelo organizacional menorista também se relacionam à tendência em manter estruturas preexistentes e reproduzir procedimentos obsoletos, o que se verifica nas diversas instituições onde se operam as distorções na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a manutenção dos antigos procedimentos “verificatórios” ou para aplicação de medidas protetivas, de iniciativa do juiz, contribuindo para a deslegitimação e enfraquecimento do próprio Sistema de Garantia dos Direitos²³⁰.

Assim, a inadequação da prática e a relativa incompreensão dos fins almejados pelo estatuto levam a um processo de desnaturação da natureza socioeducativa da ação socioeducativa, dando azo a uma perigosa aproximação do Direito Penal, implicando, assim, em grave retrocesso ao Direito da população Infantoadolescente.

Essa inadequação no manuseio dos instrumentos estatutários leva a uma descrença em seu potencial transformador, o que também proporciona espaço à discussões que não mais seriam cabíveis após tantos anos da adoção da Doutrina da Proteção Integral. Exemplificando a questão, cita-se o recentíssimo movimento em favor da redução da idade penal.

Conforme Veronese, a prática deturpada das medidas socioeducativas está subvertendo a posição do Direito e de seus operadores. Em lugar de investir esforços na implementação da natureza pedagógica das medidas aplicáveis aos adolescentes, o que se verifica é um frenético quadro de penalização dos inimputáveis, sub um suposto manto garantista²³¹.

Destarte, não se pode admitir que a inadequação prática e a deficiência na estruturação do sistema socioeducativo vejam a contaminar o Estatuto da Criança e do Adolescente. O que deve-se tomar por fim, neste caso, é uma atuação conjunta do Estado, sociedade e família na implementação das disposições estatutárias e os fins aspergidos pela Doutrina da Proteção Integral, tanto no momento da aplicação e execução das medidas socioeducativas como, principalmente, na elaboração de políticas públicas e atividades preventivas, pois somente no momento em que for assegurado ao adolescente todas as suas garantias fundamentais e que se poderá falar em um efetivo sistema de responsabilização estatutária.

²³⁰ Sanches, Helen Crystina Corrêa. Da Vara de Menores à Vara da Infância e Juventude: Desafios para a proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes no Sistema de Justiça brasileiro. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 525.

²³¹ Veronese, Josiane Rose Petry. *Op. cit.*, p. 140.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente nasceu a partir da concepção de que a população infantoadolescente não mais poderia ser mero objeto da tutela estatal, passando agora ao posto de sujeitos de Direitos, podendo exigir do Estado os elementos necessários ao atendimento de suas necessidades mais fundamentais, isso em razão da sua peculiar condição de pessoa ainda em desenvolvimento.

Essa incompletude também foi objeto de consideração pelos legisladores constituinte e estatutário naquilo que se refere à responsabilização daqueles adolescentes que incorrem em alguma conduta equiparada a crime, tendo sido inaugurado um procedimento específico e melhor adequado ao seu estado maturacional.

Primeiramente, há de se ter em mente que o Estatuto da Criança e do Adolescente não se equipara a uma legislação penal especial ou mesmo se trata de um apêndice do Diploma Criminal. Este é um ramo independente e que conta com suas próprias regras e princípios. Claro que isso não implica em incomunicabilidade, principalmente por força do art. 152 do Estatuto, que prevê a aplicação subsidiária da legislação processual pertinente.

Naquilo que se refere especificamente à transposição de regramentos penais, percebe-se que tal prática não pode se dar de forma automática e indiscriminada. A legislação atinente aos imputáveis somente pode ser aplicada à seara infantoadolescente após uma rigorosa “filtragem estatutária”, ou seja, deve se efetuar um estudo pormenorizado da sua estrutura e da sua compatibilidade com as particularidades e os fins a que o Estatuto da Criança e do Adolescente propõe.

Essa criteriosa seleção deve ser utilizada também em relação às garantias penais, uma vez que foram moldadas em conformidade com os traços característicos do Direito Criminal, que, historicamente, apresenta uma resposta mais veemente e mesmo violenta em face dos agentes de conduta contrárias ao ordenamento jurídico.

Semelhante entendimento se estende ao princípio da insignificância. Tal instrumento insere uma medida de proporcionalidade dentro do procedimento criminal, uma vez que, mesmo sendo a conduta formalmente típica, o bem juridicamente tutelado não foi afetado de forma relevante, tornando desnecessária a intervenção penal.

Contudo, ao aplicar o princípio da insignificância o magistrado não está declarando que aquela conduta é juridicamente irrelevante, apenas está reconhecendo a desnecessidade de incidência de uma resposta penal, subsistindo ainda a possibilidade de incidência de uma resposta jurídica por outras vias, tal como a cível, administrativa, trabalhista, dentre outras.

Ou seja, aqui o Estado não está tornando o sujeito impune, apenas está renunciando ao seu *jus puniendi*.

Após uma detida análise do instrumento bagatelar e do sistema de responsabilização estatutária, percebe-se que existe certa incompatibilidade entre ambos. Isso, principalmente, em razão da finalidade do procedimento previsto pelo estatuto e pela natureza das medidas socioeducativas.

O Sistema de responsabilização previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente tem por finalidade mor não a punição do autor de ato infracional, mas a intervenção positiva em seu processo de formação física, psicológica e moral. Em suma, pode-se dizer que o Estado tem por fim a educação e a consequente ressocialização deste adolescente, isso por meio de medidas de natureza eminentemente pedagógica.

Por tal razão é que o ente estatal ao admitir a incidência do princípio da insignificância sobre os atos infracionais não está renunciando ao seu direito de punir, mas se omitindo quanto ao seu dever de educar. Ressalta-se que, em regra, isso caracteriza uma reincidência omissiva, sendo a primeira caracterizada no momento em que deixou o Estado de fornecer ao adolescente meios sociais aptos ao exercício de seus direitos fundamentais.

A segunda omissão, decorrente da aplicação do princípio da insignificância, implicaria em negativa do Estado em suprir e corrigir suas próprias falhas que impedem um adequado desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, abrindo mão da possibilidade de inserir o autor do ato infracional em convívio social pacífico, digno e capaz de reprimir aquele impulso destrutivo que levou à prática de alguma conduta infracional.

Ademais, após detido estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente, vê-se claramente que ele já trabalha com essa noção de proporcionalidade entre ato praticado e resposta aplicável. Enquanto o sistema penalista trabalha com a pena restritiva de liberdade como regra, a responsabilização estatutária tem em tal medida sua *ultima ratio*, sendo evitada ao máximo e se dando prioridade às medidas mais brandas e com maior carga pedagógica.

Tal diploma apresenta um rol com 6 (seis) possíveis medidas socioeducativas, além de outras protetivas previstas no art. 101. Essas medidas são dispostas em uma escala de gradação, onde as primeiras são as mais brandas e com maior carga pedagógica. Vê-se ainda que não existe uma correlação entre ato praticado e medida aplicável, podendo o magistrado optar pela medida que se mostre mais adequada e proporcional às circunstâncias do caso concreto.

Não existe sequer a obrigatoriedade da aplicação de qualquer medida. Enquanto no sistema penal vige o princípio da obrigatoriedade, no sistema socioeducativo impera o

princípio da oportunidade, ou seja, não tendo o adolescente autor de ato infracional manifestado relevantes necessidades pedagógicas, pode o representante ministerial optar pelo não oferecimento de representação, adotando ou não outras medidas que julgar adequadas ao caso, sem adentrar em vias judiciais.

Por tal razão dificilmente poderá se falar em uma medida desproporcional à conduta praticada pelo adolescente, por existir um rol de medidas dispostas em diferentes níveis de gradação e principalmente porque inexistente o dever de aplicação de uma medida se as circunstâncias pessoais do autor de ato infracional não o recomendarem.

Mas o principal argumento contra a aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais é o fato de que estaria se promovendo um desvio do eixo ótico da ação socioeducativa. Esta tem por foco o adolescente, devendo todas as medidas tomadas ao longo do procedimento de apuração do ato infracional levar em consideração as necessidades pedagógicas por ele manifestadas.

Contudo, quando da utilização da lógica interpretativa bagatelar, acaba-se trazendo ao centro das atenções o bem juridicamente tutelado, relegando o adolescente autor de ato infracional e as suas máculas educacionais a um segundo plano. Adotando-se tal entendimento está se levando em consideração tão somente os efeitos negativos da conduta do adolescente, ignorando-se completamente o meio em que esse adolescente está inserido, o qual, na maioria dos casos, mostra-se deveras transgressora à sua dignidade e nos apresenta as motivações da prática do ato infracional.

Quando da aplicação do princípio da insignificância as atividades interpretativas se mostram muito mais restritas do que aquelas que seriam possíveis com o seu afastamento e a utilização única e exclusiva da lógica estatutária. Ao analisar se a conduta em questão é insignificante ou não, os dados considerados quase que inevitavelmente se ligam aos efeitos negativos da conduta do adolescente, tal como o valor econômico do bem, a extensão da lesão e a gravidade da infração. Contudo, na ação socioeducativa não se está buscando uma resposta à vítima, mas ao próprio adolescente. O foco aqui não é propriamente o bem lesado, mas a integridade física, moral e psicológica do adolescente, isso por meio de uma intervenção pedagógica, proporcional e necessária, com fins à solução de suas máculas educacionais e inibição de novos atos infracionais de maior gravidade.

Então, quando é aplicado o princípio da insignificância aos atos infracionais, embora num primeiro momento isso possa soar como uma garantia ao adolescente de que ele não será tratado mais rigorosamente que um adulto, percebe-se que em verdade o julgador está se

recusando a analisar a questão de uma forma mais ampla, de modo a ignorar a situação social do adolescente e do meio em que ele está imerso.

Infelizmente, em grande parte das vezes o adolescente que incorre em alguma prática infracional se encontra inserido em alguma situação de risco que tende a constituir um fator prejudicial ao seu desenvolvimento e resultar em uma inversão de valores, dando azo à prática de atos infracionais. Com a aplicação do princípio bagatelar essa condição é relegada a um segundo plano, prevalecendo o bem juridicamente tutelado e a extensão da lesão contra ele praticada.

Importante ressaltar que ao se afastar a incidência do instituto bagatelar não se está afirmando que necessariamente será aplicada uma medida socioeducativa ao adolescente. O que está a se afirmar é que esse indivíduo deve ter sua situação analisada individualmente, tomando por parâmetros as suas necessidades pedagógicas e não os efeitos negativos de sua conduta. Destarte, o magistrado, após uma análise das máculas educacionais do adolescente, pode ainda concluir que se trata de um ato que não enseja maiores intervenções, podendo ser aplicada uma medida mais branda ou mesmo não se aplicar qualquer medida.

Deste modo, pode-se concluir que referido instrumento não se coaduna com a natureza do sistema de responsabilização estatutário, principalmente porque este é um ramo autônomo, com regras e princípios próprios, já contando com um aparato normativo apto a tratar dos casos “insignificantes”, de modo que a incidência do princípio da insignificância caracterizaria uma omissão estatal quanto ao seu dever de intervir precocemente em uma possível situação de risco em que o adolescente possa se encontrar, atuando positivamente na sua formação física, psíquica e moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.** São Paulo: Lex, n. 94. P 72-77, abr./jun./ 1988.

AMIN, Andréa Rodrigues; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços.** Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 25. Disponível em <<http://www.casaruibarbosa.gov.br>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro.** Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, 2001.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula Barcellos. **O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro.** Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro – 11ª ed.-** Rio de Janeiro: Revan: 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas – 3ª ed.-** São Paulo: Martin Claret; 2011.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória.** Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral – 16ª edição-** São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª Ed – São Paulo: Malheiros, 2005.

BUSATO, Paulo César. **O Desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para a aplicação do princípio de intervenção mínima.** Revista Sequência, n. 62, p. 97-117, jul. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed.- Coimbra: Almedina, 1995.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional: A execução das medidas socioeducativas de internação.** Brasília, 2012. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf>.

CURY, Munir; AMARAL, Antonio Fernando do; MENDES, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente.** Criciúma: UNESC, 2009.

DALBORA, José Luis Guzmán. **La insignificância: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 1996, n. 14. p. 41-81.

DALLARI, Dalmo de Abreu. “Art. 4º”. In Cury, Munir; Amaral, Antonio Fernando do; Mendes, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIGÁCOMO, Murilo. **Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente**. In Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e tratamento do Delinquente (ILANUD). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3ª ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**- 13ª ed.- Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado** – 22ª ed.- São Paulo: Saraiva: 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do adolescente**. São Paulo: Rideel, 2007.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato Infracional: Medida socioeducativa é pena?**. São Paulo: Malheiros, 2012.

LIMA, Miguel M. Alves. **O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. 2001. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95: juizados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual**- 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: editora Revista dos tribunais: 2000.

MANÃS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal** – São Paulo: Saraiva, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova Ilícita**. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-prova-ilicita>

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, José do Prado. **Princípios e métodos da orientação educacional**. São Paulo: Atlas, 1984.

MAZZILLI, Hugo Nigro. “Art. 201”. In Cury, Munir; Amaral, Antonio Fernando do; Mendes, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed.- São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MÔNACO DA SILVA, José Luiz. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 852 perguntas e respostas**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**- 5ª ed. ver. Atual e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **A redução da idade penal: do estigma à subjetividade**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ROSA, Alexandre Moraes. **Introdução Crítica ao ato infracional: Princípios e garantias Constitucionais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do adolescente comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANCHES, Helen Crystina Corrêa. **Da Vara de Menores à Vara da Infância e Juventude: Desafios para a proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes no Sistema de Justiça brasileiro**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Ministério Público de. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. **Manual do Promotor de Justiça da infância e Juventude**/Coordenação-Geral do Promotor de Justiça Marcelo Gomes Silva; elaboração técnica de Mayra Silveira; supervisão da Subprocuradoria-Geral de Justiça- Florianópolis: Coordenadoria de Comunicação Social, 2008.

SANTA CATARINA. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. **Manual do Promotor de justiça da infância e juventude: o ato infracional e o sistema socioeducativo – v. 3**/coordenado por Priscila Linhares Albino. Florianópolis: MPSC, 2013.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SÊDA, Edson. **A proteção integral: um relato sobre o cumprimento do novo Direito da criança e do adolescente na América Latina**. Campinas: Editora Adês, 1995.

SILVA, Marcelo Gomes Silva. **Ato infracional e garantias: uma crítica ao direito penal juvenil**. Florianópolis: Editora Conceito, 2008.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. **Garantias Penais do Adolescente Autor de Ato Infracional**. In Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e tratamento do Delinquente (ILANUD). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio. “Art. 112”. In Cury, Munir; Amaral, Antonio Fernando do; Mendes, Emílio Garcia *et al* (Orgs.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Camilla Lopes de. **A (in)existência do conflito entre o sistema de precedentes e a independência do magistrado**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

SPOSATO, Karyna Batista. **Princípios e garantias para um Direito Penal Juvenil Mínimo**. In Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e tratamento do Delinquente (ILANUD). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal – 5ª edição** – São Paulo: Saraiva, 1994.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente: volume 5**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. **Educação versus Punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente**. Blumenau: Nova Letra, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente para concurso de Juiz do Trabalho**. São Paulo: EDIPRO, 2012.

VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma – 1956.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: v.1: Parte geral** – 9ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.